30. 2
49 1 l.

B623

34.11

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

PARIS. — TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD DES BATIGNOLLES, 7.

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,

Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France ;

E. DE ROZIÈRE,

Inspecteur général des Archives ;

R. DARESTE,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;

C. GINOULHIAC,

Professeur d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

TOME SIXIÈME.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1860

REVUE HISTORIQUE

DE DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

(Suite [1].)

—

CHAPITRE II.

§ 3. — Modifications subies par les lois caducaires. — Leur abrogation complète. — Système de Justinien.

Nous avons exposé précédemment l'ensemble des prescriptions qui avaient été imaginées, depuis le règne d'Auguste, pour le règlement du sort des dispositions de dernière volonté. On a vu combien les règles de l'ancien droit avaient été profondément bouleversées par l'esprit politique du fondateur de l'empire, cherchant à corriger la dissolution des mœurs par le puissant mobile de l'intérêt, s'efforçant de ramener par l'appât du gain les Romains à l'observation de la loi naturelle du mariage, et surtout de stimuler la fécondité des époux en faisant de la paternité une source de bénéfices. Il ne faut pas oublier que le lé-

[1] Voir la *Revue historique*, année 1857, p. 161, 305 et 401; année 1858, p. 1, 101, 309, 421 et 545.

gislateur avait en même temps un autre but, et que les innovations consacrées par les lois Julia et Papia étaient aussi une mesure financière, un moyen d'alimenter le trésor public.

Quelque important que fût ce dernier intérêt, et bien qu'il doive servir à expliquer sans doute la longue durée des lois caducaires, nous n'avons pas cru devoir admettre que, dès l'époque de Caracalla, la prépondérance des idées fiscales eût entraîné le sacrifice des priviléges concédés aux *patres*. Le système de faveur créé à leur profit subsistait encore au temps des jurisconsultes ; et nous avons dit comment le domaine primitif de la caducité avait été élargi de manière à embrasser les donations à cause de mort, ainsi que les fidéicommis. Du reste, si, sous ce point de vue, la législation d'Auguste avait été corroborée, il faut reconnaître que déjà, sous son successeur immédiat, on avait senti la nécessité d'apporter quelque relâchement aux dispositions premières contenues dans les lois Julia et Papia. Tacite [1] nous apprend que Tibère nomma à cet effet une commission composée d'anciens Consuls ou Préteurs et de Sénateurs, et que, par suite du travail de réformation émané de cette commission, la sévérité des dispositions originaires fut adoucie sur beaucoup de points. « *Exsoluti plerique legis nexus,* » dit l'historien [2]. D'après ce témoignage, le système créé par Auguste aurait été encore plus dur que celui que nous connaissons. De quelle manière aurait-il été mitigé, et quelles étaient dans le principe les rigueurs formulées dans la loi, nous l'ignorons complétement ; et sur ce point, il n'est permis de hasarder aucune conjecture en l'absence de tout document [3]. Les textes des jurisconsultes se réfèrent uniquement à la loi, telle qu'elle aurait

[1] *Annales*, III-XXVIII.

[2] On ne renonça point à appliquer, quoique avec plus de modération (*modicum levamentum*), le remède imaginé par Auguste, bien qu'il fût resté inefficace, au dire de Tacite, qui s'exprime ainsi un peu plus haut, ch. XXV : « *Nec ideo conjugia et educationes liberorum frequentabantur, prævalida orbitate.* »

[3] On pourrait être tenté de supposer que Tibère se borna à des mesures transitoires, à la concession d'une *vacatio* ou dispense pendant tel ou tel délai, opinion qui semblerait favorisée par cette appréciation de Tacite : « *Modicum* IN PRÆSENS *levamentum.* » Mais ces autres expressions déjà citées : « *Exsoluti plerique legis nexus,* » indiquent trop péremptoirement quelque chose de définitif.

été amendée sous Tibère et qu'elle fonctionna désormais. Il importe peu d'ailleurs d'être fixé sur la date précise de chacune des dispositions, dont l'ensemble a contribué à former la législation dite *caducaire*. L'objet de notre étude était de tracer le plan de cette législation, qui a joué un si grand rôle au temps du bel âge de la jurisprudence romaine. C'est là seulement le problème que nous nous sommes posé, et que nous avons tâché de résoudre.

Il nous faut maintenant, avant d'arriver à Justinien, qui fit disparaître les derniers vestiges des lois caducaires, assister à la démolition progressive de l'œuvre que nous avons essayé de réédifier, et voir comment, bien avant qu'il ne fût émis une constitution radicale : *De caducis tollendis*, les principales dispositions qui avaient servi de base aux lois d'Auguste avaient été renversées par des décisions impériales, ou avaient cessé d'être appliquées comme contraires à l'opinion publique qui avait entraîné leur désuétude. Tel devait être infailliblement le sort d'une législation tyrannique, faisant violence aux mœurs de la nation, et qui, désapprouvée par les esprits les plus sages (*prudentissimis viris displicuit*), avait suscité des expédients nombreux servant à la frauder (*multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret*). Aussi Justinien n'avait-il plus en quelque sorte qu'à déblayer des ruines, lorsqu'il entreprit d'asseoir sur de nouvelles règles les rapports entre cohéritiers et colégataires relativement à l'attribution des parts défaillantes.

On sait que le fond principal des lois Julia et Papia, quant à la caducité, consistait à avoir établi deux catégories opposées ; d'une part, des incapables, soit d'une manière radicale (les *cœlibes*), soit dans une certaine mesure (les *orbi*) ; d'autre part, des privilégiés (les *patres*). Chacune de ces catégories appelait l'autre naturellement. Les *præmia* dévolus aux privilégiés s'alimentaient principalement, sinon exclusivement, grâce aux déchéances dont étaient frappés les incapables. L'économie du nouveau système dut par conséquent être singulièrement ébranlée, quand les causes qui dépouillaient du *jus capiendi* cessèrent de fournir son contingent le plus considérable à la *caducorum vindicatio*. C'est ce qui arriva, dès que le célibat et l'*orbitas* ne furent plus considérés comme devant être l'objet d'une répression légale. L'impunité une fois reconquise pour ces deux conditions, les lois Julia et

Papia étaient, on peut le dire, condamnées en réalité ; et l'on a le droit de s'étonner qu'il se soit écoulé encore deux siècles avant que leur abrogation définitive ait été officiellement écrite dans la législation de l'empire.

Or, quand le christianisme fut devenu triomphant, il n'était plus possible de laisser subsister des peines contre le célibat et l'*orbitas*. C'eût été une contradiction avec les idées nouvelles, qui érigeaient la chasteté, la continence, en vertus éclatantes, qui honoraient particulièrement la prononciation des vœux religieux, et voyaient dans l'état qui en résultait la perfection suprême sur cette terre pour la créature humaine Aussi faut-il faire remonter au premier empereur chrétien, à Constantin le Grand, l'abolition des peines qui atteignaient jadis les *cœlibes* et les *orbi*. Si le Code de Justinien, liv. VIII, tit. LVIII, l. 1, attribue aux enfants de Constantin la constitution *De infirmandis pœnis cœlibatus et orbitatis*, qui ne serait ainsi que de l'an 339, d'un autre côté, on trouve dans le Code Théodosien, liv. VIII, tit. XVI, l. 1., la même constitution, dans les mêmes termes, sous le nom de Constantin, publiée à Rome en 320. Le savant Godefroy, dans son commentaire du Code Théodosien, n'hésite pas à reporter à Constantin le mérite de cette constitution, en s'appuyant sur le témoignage de l'auteur de la Vie de cet empereur et sur celui de Sozomène, qui s'accordent pour louer Constantin au sujet de cette innovation. Le système de Godefroy a été suivi, liv. II, ch. XXI, par Heineccius, qui reproduit les mêmes arguments, et qui, pour justifier Tribonien, suppose que les fils de Constantin auraient renouvelé la constitution émise par leur père.

La manière dont les Codes de Théodose et de Justinien énoncent la réforme nous montre qu'elle portait sur trois points différents. D'abord l'état de célibat est autorisé, et mis à l'abri des rigueurs législatives. « *Qui jure veteri cœlibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur, atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii fœdere fulcirentur.* » Désormais, plus d'obstacle à la capacité des célibataires ; ils pourront recueillir tout ce qui leur sera laissé. « *Sitque omnibus æqua conditio capessendi quod quisque mereatur*[1]. » — En second lieu, la

[1] Cette égalité de condition ne doit s'entendre qu'eu égard à l'infériorité de droit qui pesait auparavant sur les *célibataires* en cette qualité. Il est

condition d'*orbus*, au point de vue de la restriction à la capacité, est également supprimée. « *Nec vero quisquam orbus habeatur ;* » nul ne devra à l'avenir subir les peines jadis infligées à ce titre, « *et proposita huic nomini damna non noceant.* » — Enfin, l'auteur de la constitution s'occupe particulièrement d'assurer aux femmes les mêmes avantages. « *Quam rem et circa fœminas existimamus.* » Les dispositions rigoureuses qui les concernaient se trouvent effacées. « *Earumque cervicibus imposita juris imperia, velut quædam juga, solvimus promiscue omnibus.* »

Cette mention spéciale, pour restituer aux femmes la pleine capacité, confirme la distinction que nous avons établie plus haut quant à la différence de position qui existait entre les deux sexes. Il ne suffisait pas, en effet, à la femme, pour être apte à recueillir intégralement ce qui lui était laissé, de s'être mariée et d'être devenue mère ; il fallait qu'elle eût mis au jour trois ou quatre enfants, qu'elle eût ainsi acquis le *jus liberorum*, nécessaire pour lui conférer la *solidi capacitas*. L'empereur Constantin avait par conséquent plus à faire à l'égard des femmes qu'à l'égard des mâles. Ce n'était pas assez pour les premières d'avoir déclaré le célibat et l'*orbitas* inoffensifs ; il fallait habiliter la femme à profiter d'une institution ou d'un legs, bien qu'elle ne fût pas *ter quaterve enixa*.

Mais prenons garde que les conséquences de la constitution que nous analysons n'ont pas été d'anéantir complétement les différentes catégories créées par les lois Julia et Papia, ni de mettre sur la même ligne tous les gratifiés, sans distinction du point de savoir s'ils avaient ou non des enfants. La rubrique est formelle pour préciser le but de l'innovation. Il ne s'agit que de supprimer les *peines* contre les célibataires ou les *orbi*, et aussi d'effacer l'infériorité de condition particulière aux femmes. Là s'arrête la portée de la constitution ; il ne paraît pas qu'il ait été en outre dérogé au droit des privilégiés, aux *præmia* des *patres*, en un mot, à la faveur dont ceux-ci jouissaient pour exercer la *caducorum vindicatio*. Sans doute, il y eut désormais une diminution sensible dans les bénéfices possibles en vertu de cette *vindicatio*, puisqu'on avait supprimé les causes principales qui entraînaient

par trop évident que le but du législateur n'était pas de supprimer d'une façon absolue toutes les causes quelconques d'incapacité.

des déchéances. Toutefois, bien que restreint dans son domaine, et trouvant moins d'occasions de s'appliquer, la *caducorum vindicatio* continua de fonctionner au profit exclusif de ceux qui y avaient droit, d'après les principes de la législation d'Auguste. Le maintien de cette partie des lois Julia et Papia a surtout de l'importance, si l'on admet l'extension que nous avons assignée aux sources de la caducité, et si l'on fait attention à cette règle que le droit d'accroissement ne pouvait être invoqué par ceux qui, d'ailleurs capables d'être gratifiés, étaient destitués du *jus patrum*, par lequel était tenu en échec le *jus adcrescendi*.

En d'autres termes, la réforme que nous examinons n'a pas eu pour effet de passer le niveau de l'égalité sur tous les appelés à une succession. Elle n'a pas, nous le répétons, détruit entièrement les cinq catégories que nous avons distinguées précédemment; elle s'est bornée à en réduire le nombre. Au-dessous des *solidi capaces* figuraient, dans l'échelle de progression descendante, les *orbi* et les *cœlibes*. Ces deux classes disparaissent désormais, de sorte que le premier degré sera maintenant la *solidi capacitas*, appartenant à tout le monde [1], au *cœlebs* ou à l'*orbus*, cognat ou non, allié ou non du défunt. Le *jus capiendi*, refusé autrefois aux gens non mariés, ou accordé seulement pour moitié à ceux qui n'avaient pas d'enfants, est devenu dorénavant la règle commune. Mais, au-dessus de ce *jus solidum capiendi* généralisé, il y aura toujours le *jus antiquum* des *liberi* et des

[1] On trouvera peut-être trop large cette manière de s'exprimer, en rappelant qu'à côté du *cœlebs* existait le Latin Junien, privé comme lui en totalité du *jus capiendi*, et dont la condition est passée sous silence dans la constitution de Constantin. Mais n'est-il pas permis de conjecturer que la rigueur avec laquelle était traité dans les premiers temps de l'empire le Latin Junien avait fini par être mise de côté au quatrième siècle; et ne serait-ce pas là un des points auxquels il faudrait appliquer ce que nous dit Justinien de la désuétude qui aurait atteint plusieurs des dispositions se rattachant à la caducité? Nous savons que déjà longtemps auparavant, à l'époque du sénatus-consulte Pégasien, les Latins Juniens avaient été maintenus dans la capacité de recevoir des fidéicommis. Le régime exceptionnel auquel ils avaient été soumis paraît s'être effacé bien avant Justinien, qui nous dit, dans le pr. de la constitution *De lat. lib. toll.* (liv. VII, tit. VI), que les nombreuses difficultés soulevées par l'état des Latins Juniens avaient perdu tout intérêt pratique (*non autem in rebus fuerat experimentum*).

parentes, de même que le *jus patrum*, avec ses conséquences, limité à ceux *qui in testamento liberos habent*.

Il n'y a rien dans les termes de la constitution qui répugne à cette interprétation. On y trouve à la vérité cette phrase, dont la généralité au premier abord paraît contrarier notre explication : « *Sitque omnibus æqua conditio capessendi quod quisque mereatur.* » Mais l'objection s'évanouit, quand on considère qu'elle signifie simplement que le *jus capiendi*, sans restriction, la *solidi capacitas*, sera la règle ordinaire à l'avenir. Les effets de cette *solidi capacitas* étaient fixés ; elle resta ce qu'elle était, sauf le nombre de ceux qui pouvaient y prétendre. Il faudrait, au contraire, s'étonner que, s'il eût été dans la pensée de Constantin de dépouiller les *patres* des avantages qui leur appartenaient, il eût gardé un silence complet sur une aussi grave innovation, en s'abstenant de s'en attribuer le mérite. Une pareille concision eût été assurément bien peu en harmonie avec les habitudes du style de la chancellerie de cette époque.

Dira-t-on que la logique exigeait, comme corollaire de l'impunité assurée au célibat et à l'*orbitas*, l'abolition des priviléges concédés à la paternité ? Rien n'est moins légitime que cette conclusion ; et l'on conçoit parfaitement un système qui, tout en évitant de sévir contre les citoyens sans enfants, réserve cependant des faveurs à ceux qui sont chargés de famille [1]. Rappelons-nous d'ailleurs que la *caducorum vindicatio* était une source de revenus pour le Trésor. Peut-être eût-elle succombé beaucoup plus tôt, si elle ne se fût recommandée que par la pensée d'encourager la procréation des enfants. Mais l'intérêt public trouvait son compte au maintien des *caduca*, bien que le fisc ne vînt qu'en

[1] Sans doute, la théorie de la *caducorum vindicatio*, en déniant le bénéfice de l'accroissement aux *solidi capaces*, ne faisait pas la part assez large à ceux qui n'étaient jugés dignes d'aucune rigueur; et il y avait là une peine véritable, parce qu'il y avait privation de l'un des émoluments découlant naturellement de la portée que le défunt avait voulu donner à sa libéralité. On comprend aisément que les auteurs des lois Julia et Papia ne se soient pas fait scrupule de laisser exactement au *solidi capax* tout ce qui devait lui revenir équitablement. Quand le célibat eut perdu, au quatrième siècle, la défaveur qu'il avait encourue aux yeux du législateur précédent, on ne songea pas, en maintenant la *caducorum vindicatio*, à retrancher de son domaine ce qu'il avait pris au détriment de la *solidi capacitas* sainement entendue.

dernière ligne. C'est Justinien qui le premier a eu la générosité de renoncer à cette aubaine, ainsi qu'il nous le dit au paragraphe 14 de la constitution *De cad. toll.*, en tenant ce langage qu'on ne saurait trop louer dans la bouche d'un souverain : « *Tantum enim nobis superest clementiæ, quod scientes etiam fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus, nec Augustum privilegium exercemus ; sed quod communiter omnibus prodest, hoc privatæ nostræ utilitati præferendum esse censemus, nostrum esse proprium subjectorum commodum imperialiter existimantes.* »

Nous sommes heureux de constater que l'on rencontre d'une manière très-explicite, dans le commentaire de Godefroy, l'interprétation que nous venons de développer. L'auteur reproche à Sozomène d'avoir entendu trop largement la constitution de Constantin, en ne distinguant pas l'immunité des peines et l'attribution des *præmia* [1]. Schneider, p. 233, se range également à cet avis, et admet, postérieurement à notre constitution, la persistance du *jus patrum* et de la *caducorum vindicatio* à leur profit.

S'il n'avait pas subsisté, au-dessus de la *solidi capacitas*, une position privilégiée pour ceux qui avaient des enfants, on ne comprendrait pas qu'il eût continué à être nécessaire de solliciter l'obtention du droit dont nous avons parlé plus haut, connu sous le nom de *jus liberorum*, droit qui, par l'effet d'une concession impériale, procurait à l'impétrant, en général, les mêmes avantages que s'il avait eu en réalité des enfants. Les témoignages sont bien formels pour nous montrer la survivance de cet usage. Ainsi, en 396, les empereurs Arcadius et Honorius [2] publient une constitution, dont le but est de laisser désormais toute latitude pour réclamer le *jus liberorum*, sans astreindre les postulants à avoir dépassé un âge avant lequel jadis on ne pouvait prétendre à cette faveur.

Nous devons toutefois, à l'occasion de ce *jus liberorum*, traiter

[1] *Diffuse nimis*, dit Godefroy, en parlant de Sozomène, *ad præmia quoque hanc legem extendit*. Il ajoute à ce sujet une observation, qui n'a pas cessé d'être vraie depuis lui. Il se plaint de ce que les historiens, étrangers à la science du droit, citent incomplétement et souvent faussement les documents législatifs.

[2] C. Théod., liv. VIII, tit. XVI, l. 1.

une difficulté assez grave que présente l'histoire de notre matière. On trouve, en effet, vers le commencement du cinquième siècle, une constitution des empereurs Honorius et Théodose le Jeune, de l'an 410, d'après laquelle il semblerait être dès lors devenu inutile de s'adresser à l'empereur pour en obtenir le *jus liberorum*, ce droit ayant été généralement concédé à tous, suivant les expressions du texte[1]. Le résultat de cette décision n'a-t-il pas été d'anéantir les priviléges réservés jusque-là aux *patres*, en un mot, de faire de la *caducorum vindicatio* le droit commun, puisque chacun devait être traité comme s'il avait eu des enfants? Tel est effectivement le système adopté par Schneider, p. 234.

Mais, d'un autre côté, ce n'est que par une constitution de Justinien, datée de l'an 528, l. 2, C. *De jur liber.*, que la mère a fini par être admise pleinement à la succession de ses enfants, sans s'occuper du nombre d'enfants qu'elle avait mis au monde. Or, nous avons vu que le sénatus-consulte Tertullien, en accordant à la mère le droit de succéder, avait fait dépendre la successibilité de la mère de sa fécondité, en exigeant régulièrement la condition du *ter quaterve peperisse*. A défaut du nombre d'enfants voulu, la mère devenait apte à succéder, pourvu qu'elle eût obtenu du prince le *jus liberorum*, ainsi que l'atteste Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. IX, § 9. Sans doute, dans le Bas-Empire, le droit de la mère fut modifié par différentes constitutions qui enlevèrent de son importance au *jus liberorum*, mais sans le détruire ; et ce fut seulement sous Justinien que la vocation de la mère à l'hérédité de ses enfants se trouva définitivement admise, abstraction faite du nombre d'enfants. Que venait donc faire la constitution de Justinien, si déjà depuis plus d'un siècle le *jus liberorum* compétait à toute personne de la même manière que s'il eût été concédé formellement?

L'explication la plus satisfaisante de cette difficulté est, nous

[1] C'est la loi 3, C. Théod., liv. VIII, tit. XVII. Elle a passé dans le Code de Justinien, où elle forme la loi 1, *De jur. lib.*, liv. VIII, tit. LIX. Elle est ainsi conçue : « *Nemo posthac a nobis jus liberorum petat : quod simul hac lege omnibus concedimus.* » Ajoutons que Justinien, nov. LXXVIII, ch. V, est formel pour rapporter à Théodose jeune la concession à tous les sujets de l'empire du *jus filiorum*.

le croyons, celle qui a été fournie par Cujas [1] et Godefroy [2], et qui, de nos jours, a été suivie par Schrader [3]. Suivant ces auteurs, la concession du *jus liberorum*, contenue dans la loi de Théodose, n'aurait été relative, malgré son apparente généralité, qu'au droit particulier par lequel était régie, depuis Auguste, la capacité de disposer entre époux l'un par rapport à l'autre. Nous avons fait observer qu'à cet égard il existait des règles spéciales. Voyons d'abord quel fut le sort éprouvé par ces règles, au point de vue desquelles on appelait *decimariæ leges* les lois Julia et Papia.

On se rappelle que, pour constituer la capacité *inter conjuges*, l'auteur de la législation Papienne n'avait pas tenu compte d'une manière absolue de la procréation d'enfants. Un conjoint n'était, en général, autorisé à *solidum capere* vis-à-vis son conjoint qu'autant qu'il y avait un enfant *commun*. L'existence d'enfants d'un autre lit n'ajoutait à la quotité disponible, restreinte en principe à un dixième, qu'un dixième de plus par chaque tête d'enfant. Cependant l'époux pouvait ici, de même que pour la capacité ordinaire, suppléer au défaut d'enfants *communs* par la concession impériale du *jus liberorum*, suivant le témoignage d'Ulpien, *Reg.*, tit. XVI, § 1. Il y avait dès lors, en cette matière, un *jus liberorum* d'une nature particulière, nécessaire même au conjoint qui aurait eu des enfants non communs. C'est ce qui avait fait donner à ce droit, dans son application *inter conjuges*, le nom de *jus communium liberorum*, qui se rencontre dans certains textes du Code Théodosien [4].

Quand l'empereur Constantin, obéissant à l'influence des idées du christianisme, supprima les peines portées contre le célibat et l'*orbitas*, il ne jugea pas à propos de déroger aux règles qui limitaient la capacité entre époux. Sans doute, s'il les conserva, ce n'était pas dans l'intention de traiter plus rigoureusement, en haine de la stérilité, les époux dont l'union était restée inféconde. L'empereur se préoccupa d'une autre considération. A ses yeux, les libéralités entre époux étaient suspectes de cap-

[1] *Schol. in Inst. Justin.*, liv. III, tit. III, § 4; t. VIII, c. 1034.
[2] C. Théod., liv. VIII, tit. XVII, l. 3.
[3] *Inst.*, liv. III, tit. III, § 4.
[4] Voir liv. VIII, tit. XVII, l. 4; liv. XV, tit. XIV, l. 9.

tation[1]; et, comme il les tenait pour dangereuses à ce titre, il déclara formellement qu'il entendait laisser subsister à cet égard les prohibitions des lois Julia et Papia, sans songer que le maintien des anciens principes ne suffisait pas à écarter le mal qu'il redoutait, puisque la captation ne devient pas impossible à raison de l'existence d'enfants communs.

Les lois Julia et Papia, en tant que *decimariæ leges*, continuèrent donc à rester en vigueur après la constitution de Constantin. La condition d'avoir un enfant *commun* demeura requise pour autoriser la *solidi capacitas* entre les époux, sauf le tempérament d'une dispense que la faveur impériale pouvait toujours accorder. Il s'écoula encore près d'un siècle jusqu'à l'abolition de cette partie de la législation caducaire. Elle ne fut opérée qu'en l'an 410, par une constitution des empereurs Honorius et Théodose le Jeune qui figure au Code Théodosien, liv. VIII, tit. XVII, l. 2, et qui a été transportée dans le Code de Justinien, liv. VIII, tit. LVIII, l. 2.

La constitution qui décrète cette abrogation est immédiatement suivie, au Code Théodosien, de celle qui semble avoir pour but de concéder d'une manière générale à tous les sujets de l'empire le *jus liberorum*. Cette dernière est adressée au même magistrat, et porte exactement la même date que la précédente. Aussi, malgré la division des deux décisions, que les auteurs du Code Théodosien ont séparées, comme l'ont fait ensuite les compilateurs de Justinien, Cujas et Godefroy s'accordent-ils pour penser qu'elles ne forment ensemble qu'une seule constitution. Après avoir supprimé les *leges decimariæ*, restrictives de la capacité entre époux, les empereurs se seraient bornés, disent ces auteurs, à tirer la conséquence de cette abrogation, en déclarant désormais inutile la concession du *jus liberorum*; mais ils n'auraient eu en vue que le *jus liberorum*, tel qu'il était entendu sous ce rapport, c'est-à-dire le *jus communium liberorum*. Les termes de la loi 3 du Code Théodosien se prêtent assez bien à l'interprétation qui n'en fait qu'un appendice de la loi précédente. Dès

[1] Voici les termes de la dernière partie de la constitution de Constantin, partie qui n'a point passé dans le Code de Justinien : « *Verum hujus beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiæ viæ etiam opposito juris rigore cohibentur : sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas.* »

qu'il n'existait plus de lois décimaires, le *jus communium liberorum* devenait indifférent. L'époux sans enfant commun n'est désormais sous le coup d'aucune incapacité relativement à son conjoint. Il n'a plus besoin par conséquent d'obtenir une faveur qui résulte pour tous du texte de la loi même, de sorte que les empereurs on pu dire de ce droit : « *Quod simul hac lege detulimus* [1]. »

D'après cette interprétation, qui nous paraît fort acceptable, la constitution de Théodose n'aurait pas eu pour effet d'anéantir complétement les avantages appartenant à ceux qui avaient des enfants, puisqu'elle n'aurait pas communiqué à tous le *jus liberorum* dans son sens général, et placé ainsi sur la même ligne que les *patres* les *cœlibes* et les *orbi*. Aussi voyons-nous que, pour l'application du sénatus-consulte Tertullien, une constitution postérieure, la loi 7, *De leg. her.*, C. Théod., liv. V, tit. 1, parle encore de la mère, *quæ liberorum jure subnixa est*. On comprend par la même raison que Justinien ait rendu, en 528, une constitution ayant pour objet d'accorder à la mère le droit de succéder indépendamment de la nécessité d'un certain nombre d'enfantements.

En résumé, la position privilégiée faite à ceux qui avaient des enfants, la *caducorum vindicatio* paraît s'être maintenue, tout en subissant des échecs considérables, jusqu'à l'époque de Justinien. Nous voyons en effet cet empereur, dans le pr. de la loi *unic. De cad. toll.*, se glorifier de suivre la voie dans laquelle étaient entrés ses prédécesseurs, et, en complétant la destruction déjà bien avancée des lois Julia et Papia, revendiquer pour son compte le mérite d'avoir supprimé ce qu'il appelle la *caducorum observatio*. « *Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus*

[1] La conjecture de Cujas et de Godefroy est merveilleusement servie par le sens limité que donnait au *jus liberorum* un écrivain du septième siècle, Isidore de Séville, suivant lequel il ne s'appliquait qu'à la capacité entre époux. Certes, Heineccius a eu tort, ainsi que nous l'avons dit, d'accepter cette signification étroite comme ayant toujours appartenu au *jus liberorum*. Mais, si l'on songe qu'Isidore faisait sans doute allusion à la constitution de Théodose, et qu'il parlait conformément à la portée donnée à cette constitution par les interprètes du Code Théodosien, source ordinaire du droit romain en Occident du temps d'Isidore, on se convaincra qu'il y a dans cette circonstance un argument très-puissant en faveur du système de Cujas.

principibus emendata fuit, et per desuetudinem abolita, ita et à NOBIS CIRCA CADUCORUM OBSERVATIONEM *invidiosum suum amittat vigorem.* » S'il a renoncé, d'ailleurs, ainsi qu'il l'assure, à retirer pour son fisc un profit des *caduca*, il fallait bien que cet avantage subsistât encore ; et, en outre, comme le fisc n'avait que le dernier rang, il devait être primé par d'autres, qui ne pouvaient être assurément que les *patres*[1]. N'oublions pas toutefois que l'abolition des *caduca* était consommée antérieurement à l'émission de la constitution du Code, laquelle ne date que de 534. Justinien avait recommandé, nous le savons, aux compilateurs des Pandectes de ne laisser figurer dans leurs œuvres aucune trace des dispositions caducaires ; il fallait éviter, dit-il[2], « *ne luctuosum monumentum lœta secula inumbrare concedatur.* » Seulement l'abrogation définitive de la théorie qui, depuis Auguste, gouvernait la dévolution des parts défaillantes, devait-elle avoir pour conséquence de faire revivre les principes du vieux droit civil sur le *jus adcrescendi ?* N'y avait-il pas des modifications à apporter à ces anciennes règles ? Telle est la question qui attira l'attention de Justinien, et qui motiva la constitution *De caducis tollendis*, par l'examen de laquelle nous devons terminer notre travail.

Le premier point dont s'occupe Justinien est relatif à la faculté de faire adition, faculté qui, depuis la loi Papia, avait été retardée jusqu'après l'ouverture des tablettes du testament, à l'égard des héritiers institués seulement pour une partie de la succession[3]. La conséquence de ce retard apporté à la délation de l'hérédité testamentaire avait été de différer également jusqu'à la même époque l'ouverture du droit, le *dies cedens* par rapport aux legs purs et simples ou à terme fixe, tandis qu'auparavant ce *dies* était contemporain de la mort du testateur[4]. L'empereur

[1] S'il n'en était ainsi, il faudrait dire que Justinien se fait illusion, quand il affirme, à la fin du pr. de sa constitution, que c'est lui qui a accordé à tous ses sujets le *jus antiquum*, réservé jusque-là aux *liberi* et aux *parentes*. Puisque les descendants ou ascendants étaient restés les seuls qui fussent aptes à invoquer l'accroissement, il s'ensuit que le droit commun était toujours l'exclusion de l'accroissement, à défaut duquel il faut bien trouver certaines personnes qui profitaient des défaillances avant d'arriver au fisc, dont la vocation n'était que subsidiaire.

[2] Const., *Tanta*, § 7.

[3] Voir la *Revue*, t. IV, p. 312 et 422.

[4] Justinien est formel pour attribuer ce changement à un sénatus-consulte,

rétablit sur ce point l'ancienne règle; il veut que tout héritier puisse faire adition dès le décès, et fixe à la même époque le *dies cedens* des legs ou fidéicommis, soit purs et simples, soit *in diem certum*. « *Primum hoc corrigentes, et antiquum statum renovantes, sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem : similique modo legatorum, vel fideicommissorum pure vel in diem certum relictorum diem a morte testatoris cedere.* »

Ici, du reste, ainsi que nous l'avons déjà remarqué [1], la réformation de la loi Papia était un fait accompli, lors de la promulgation de la constitution, puisqu'on trouve aux Pandectes des textes que nous avons indiqués, et qui font à cette matière l'application du droit ancien. Il y a mieux : déjà avant Justinien, la règle, qui interdisait l'adition jusqu'à l'*apertura tabularum*, avait subi une exception mentionnée un peu plus loin par Justinien, au paragraphe 5, quand il parle d'une loi de Théodose, qui aurait dérogé, en faveur des *liberi*, au principe de l'intransmissibilité d'une succession en dehors d'une adition de la part de celui qui était appelé à la recueillir. Cette mention contient une allusion à la constitution des empereurs Théodose et Valentinien, qui forme la loi *unic. De his qui ante apert. tab.* Liv. VI, tit. LII.

L'innovation introduite par la loi Papia n'atteignait pas les *liberi in potestate*, qui, institués par le *parens*, acquéraient la succession sans avoir besoin de faire adition. C'est en ce sens qu'il faut entendre, suivant la remarque de Cujas [2], la loi 14, D., *De suis et legit.*, tirée du livre XIII de Gaïus, *Ad legem Juliam et Papiam*. On trouve, d'ailleurs, une application formelle de cette

Si le jurisconsulte Ulpien, par la manière dont il s'exprime, *Reg.*, tit. XXIV, § 31, semble en désaccord avec Justinien, en indiquant comme source la loi Papia, cette contradiction apparente est facile à expliquer. Sans doute, la loi n'avait statué qu'en ce qui concernait l'adition des parts héréditaires. Mais, bientôt après, un sénatus-consulte vint placer le sort des légataires, à l'instar de celui des héritiers, sous la dépendance de l'*apertura tabularum*. Seulement, comme ce n'était là qu'une suite naturelle de la condition faite aux héritiers par la loi Papia, on comprend qu'Ulpien ait pu rattacher la règle nouvelle quant aux legs à la loi Papia qui en était la source véritable. Le sénatus-consulte en question était, comme le dit Justinien, l'un de ceux qui intervinrent pour développer la loi Papia. « *Senatus-consulta, quæ circa legem Papiam introducta sunt.* »

[1] Voir la *Revue*, t. IV, p. 437.

[2] *Comment. in tit. LI*, lib. VI, C., t. IX, c. 888.

idée dans un rescrit de Gordien (l. 3, C., *De jur. delib.*), où il est décidé qu'un fils en puissance, institué pour partie, est devenu héritier de son père, bien qu'il fût décédé avant l'ouverture du testament[1]. Mais la sucession d'un ascendant pouvait être attribuée par testament à un descendant qui n'était pas sous la puissance du testateur, ce qui, par exemple, arrivait toujours pour la succession de la mère ou de l'aïeule. En pareil cas, bien que les *liberi* jusqu'au troisième degré eussent été, disait-on, maintenus en possession du *jus antiquum*, cependant ils ne restèrent point, paraît-il, à l'abri de l'application des rigueurs de la loi Papia sur ce point. Par conséquent, s'ils venaient à mourir antérieurement à l'ouverture du testament, ils étaient incapables de transmettre la part d'hérédité à laquelle ils avaient été appelés par leur ascendant.

Cet état de choses amenait une iniquité choquante, quand le prédécès du descendant, *ante apertas tabulas*, dépouillait de la succession la propre postérité de ce descendant. Il ne pouvait être question ici de la représentation, qui n'était admise que dans la succession *ab intestat*. Il n'y avait place également à la *querela inofficiosi testamenti*, puisque le légitimaire avait été institué, et que la *querela* était d'ailleurs intransmissible aux héritiers. C'est pour corriger cet inconvénient que les empereurs Théodose et Valentinien jugèrent convenable d'écarter l'application de la loi Papia dans l'hypothèse que nous venons de signaler. Ils décidèrent, en 450, que, toutes les fois qu'un ascendant aurait institué son descendant, ce dernier transmettrait à sa postérité la portion d'hérédité à laquelle il était appelé, quand bien même il serait décédé avant l'ouverture du testament. Il y avait là assurément une brèche assez étroite faite au principe qui interdisait la transmission à défaut d'une adition impossible

[1] Bachhofen, *Ausg. Lehr.*, Abhandl. X, p. 374, n'admet pas en cette partie l'assimilation des esclaves, héritiers nécessaires, avec les *liberi*, héritiers siens et nécessaires, quoique l'adition fût inutile à l'égard des uns et des autres. L'esclave institué par son maître n'acquérait, dit-il, l'hérédité qu'après l'ouverture du testament. Il invoque à l'appui de ce système la loi 42, D., *De her. instit.*, et fait remarquer que cette différence est analogue à celle observée relativement à l'*usucapio pro herede*, laquelle n'était pas empêchée par l'existence d'un héritier nécessaire (Gaïus, II, § 58), tandis qu'il en était autrement pour le cas d'un héritier sien (l. 2, C., *De usuc. pro her.*).

tant que le testament restait clos[1]; mais ceci nous prouve qu'à une époque assez rapprochée de Justinien, et longtemps après l'abolition des peines contre le célibat et l'*orbitas*, la législation Papienne était encore observée, du moins en règle générale.

La même dérogation au droit commun fut étendue, par la constitution de Théodose et Valentinien, au cas où les descendants, au lieu d'être institués héritiers, auraient été gratifiés d'un legs ou d'un fidéicommis. Le décès de ce légataire ou de ce fidéicommissaire, avant l'*apertura tabularum*, ne fut plus désormais un obstacle à ce que sa postérité recueillît le bénéfice de ces dispositions, contrairement aux règles ordinaires du *dies cedit*[2].

Nous arrivons à la partie la plus importante de la constitution de Justinien, à celle qui a pour objet de régler la dévolution des parts défaillantes. Ici deux questions étaient à résoudre. La première consistait à déterminer quel serait le bénéficiaire de la défaillance; la seconde à décider ce qui adviendrait des charges imposées au défaillant. Enfin ces deux questions se présentaient,

[1] Justinien, par la loi 19, C., *De jur. delib.*, a introduit une exception bien plus large à la vieille règle : « *Hereditas non adita non transmittitur.* » Mais, comme la faculté de transmettre, autorisée par cette constitution, ne se rattache point à l'*apertura tabularum*, formalité dont l'importance a d'ailleurs été supprimée par Justinien, de même que toutes les dispositions des lois caducaires, nous n'avons pas à nous occuper de cette constitution, ni à examiner les difficultés qu'a soulevées son interprétation.

[2] Il est à remarquer que la constitution se tait sur le sort des donations à cause de mort. On pourrait croire que ce silence tient à l'assimilation générale établie dès le temps des jurisconsultes entre les legs et les donations à cause de mort, qui, pour l'application des lois caducaires, avaient été mises sur la même ligne. Mais nous croyons plus exact de dire qu'une mention particulière était inutile à l'égard des donations à cause de mort, en raison de ce que leur sort n'était point lié à l'adition d'hérédité. Il suffisait, pour leur validité, que le donataire eût survécu au donateur, sans qu'il dût également survivre à l'adition d'hérédité, indifférente quant au maintien des donations à cause de mort. Aussi voyons-nous, dans la loi 44, D., *De mort. caus. don.*, que si un esclave donataire à cause de mort est affranchi après le décès du donateur, il laissera à son ancien maître le profit de la donation, bien que l'affranchissement soit postérieur à l'*apertura tabularum*. Il en eût été autrement si la libéralité avait consisté en un legs. Le *dies cedens* se trouvant postérieur à la manumission, l'affranchi aurait dû bénéficier du legs. C'est l'observation que fait Cujas, tract. II *ad Afric.*, sur la loi 23, *De mort. caus. don.*, t. I, c. 1276.

soit que la vacance atteignît une part héréditaire, soit qu'elle n'eût trait qu'à un legs. Quel est le véritable système consacré sur ces différents points par la constitution *De caducis tollendis?* Les auteurs sont loin d'être d'accord à cet égard. La controverse a été fort vive parmi les anciens commentateurs, chez lesquels la divergence peut s'expliquer par les difficultés provenant de la confusion alors à peu près générale entre les règles de la *caducorum vindicatio* et celles du *jus adcrescendi*. Mais elle n'a pas cessé depuis que la lumière s'est faite sur cette matière ; et les jurisconsultes modernes sont tout aussi divisés que l'étaient ceux des siècles précédents.

Défaillance d'une part d'hérédité. — La première question, comme nous l'avons fait observer, est de savoir à qui sera attribuée la part héréditaire qui reste vacante.

On sait que, sous l'empire des lois caducaires, les principes de dévolution variaient selon que l'institution devait être tenue *pro non scripto*, ou qu'elle se trouvait soit *in causa caduci*, soit caduque à proprement parler. Pour le premier cas, le droit d'accroissement avait continué à fonctionner, tandis que, dans les deux autres cas, il y avait place à l'exercice de la *caducorum vindicatio*, privilége exclusif des *patres*, sauf le concours des *liberi* et des *parentes*, qui avaient conservé le *jus antiquum*. Justinien, qui rappelle cette triple division, et qui en indique la démarcation dans le paragraphe 2, a évidemment l'intention d'abolir les anciennes distinctions reposant sur les causes et sur l'époque de la défaillance. Il ne veut plus qu'il en soit tenu compte, au moins relativement à la dévolution de ce qui est vacant, et il vient introduire sur ce point un système unique et général. La règle, fort rationnelle, qu'il entend faire prévaloir, est, à notre avis, qu'il faut traiter les choses de la même manière que si le testateur n'avait point disposé au profit de celui qui fait défaut. Nous admettons, par conséquent, comme le principe supérieur par lequel sera gouvernée entre cohéritiers l'attribution des parts vacantes, l'idée que l'on doit faire abstraction de la mention portée au testament à l'égard de l'institué, qui, pour quelque motif que ce soit, ne répond pas à la vocation du défunt. Cette observation, que nous empruntons à M. de Vangerow [1], nous paraît répondre

[1] T. II, § 495, obs. 3.

complétement à l'intention probable du disposant, intention dans laquelle nous plaçons la véritable base du droit d'accroissement. Il est naturel, en effet, de supposer que, si le testateur avait pu prévoir la défaillance qui se produit, il aurait grossi de tout ce qu'il a employé à gratifier le défaillant la part de celui ou de ceux qu'il n'a réduits que pour former le contingent assigné à celui qui manque.

Le principe que nous tenons pour fondamental nous semble indiqué d'une manière assez certaine dans la constitution de Justinien, et n'être que la traduction de la formule dont il use constamment pour énoncer la règle par lui adoptée. On peut, il est vrai, critiquer cette formule, assez mal choisie en effet, pour ce qui concerne les parts héréditaires. Seulement, si les expressions ne sont pas heureuses, le fond de la pensée n'est nullement obscur. On peut aussi, avec plus de raison, critiquer la prétendue exception qu'apporterait, suivant lui, à la règle la présence d'un conjoint, puisque la préférence accordée à ce dernier, loin d'être un écart de la règle, n'en est, au contraire, que l'exacte application. C'est précisément la complication résultant de la circonstance d'une *conjunctio* qui a occasionné en cette matière tant de débats, et donné lieu à d'interminables discussions, faute de s'entendre sur le mot *conjunctus*, qui malheureusement est susceptible de deux sens. Justinien, qui a la prétention de traiter à fond ce point et de l'éclaircir [1], aurait mieux fait sans doute de n'en point parler. La position assurée au *conjunctus* n'était, comme nous le verrons, qu'une déduction de la règle générale, que son développement naturel. Cette règle, bien comprise, suffit à tout. Elle sert à fixer la position des *conjuncti* comme celle des *disjuncti*. Les droits des uns et des autres rentrent également sous l'idée mère que nous avons précitée. Nous ne croyons pas que Justinien s'en soit écarté ; mais peut-être n'a-t-il pas saisi combien cette idée était féconde. Dans tous les cas, il a eu tort de présenter, comme une dérogation au principe qu'il prenait pour point de départ, la décision qu'il a consacrée relativement au *conjunctus ;* et on peut lui imputer d'avoir induit en erreur par cette fausse apparence les commentateurs, qui ont cru suivre sa

[1] « *Necessarium esse duximus omnem inspectionem hujus articuli latius, et cum subtiliori tractatu dirimere, ut sit omnibus et hoc apertissime constitutum.* » § 10.

pensée, en abandonnant quant à la *conjunctio* la règle véritable, seule boussole, qu'on nous permette cette expression, à l'aide de laquelle on puisse se guider à travers les difficultés de ce sujet.

Constatons d'abord que l'intention de Justinien est bien de rendre hommage au principe supérieur que nous avons mis en relief. L'empereur commence par s'occuper, au paragraphe 3, du sort des dispositions dites *pro non scriptis ;* et à cet égard, il se borne à confirmer purement et simplement l'ancienne législation. Or, il avait toujours été admis que les dispositions de cette nature devaient profiter à ceux dont les droits eussent été diminués, s'il avait fallu exécuter ce qui était *pro non scripto.* « *Statutum fuerat ut ea omnia bona manerent apud eos, a quibus fuerant derelicta.* » C'est la solution que Justinien trouve à juste titre fort raisonnable, et qu'il sanctionne pour l'avenir, en lui promettant une durée éternelle. « *Quod et nostra Majestas, quasi antiquæ benevolentiæ consentaneum, et naturali ratione subnixum, intactum atque illibatum præcepit custodiri in omne ævum valiturum.* »

Nous reconnaissons bien que ce n'est pas s'exprimer d'une façon très-correcte que de dire, à l'occasion d'une part héréditaire vacante, qu'elle restera à ceux à *la charge* desquels elle avait été laissée. Il n'y a point, en effet, de *grevé* pour une part d'hérédité. Les institués viennent en première ligne, et sans aucun intermédiaire, recueillir la succession qu'ils tiennent du défunt même [1]. Toutefois, à part le blâme que peut mériter l'impropriété du langage, la règle posée par Justinien est transparente et fort saisissable. Les parts héréditaires tenues *pro non scriptis* resteront aux héritiers, qui en auraient subi la perte, si elles avaient pu être réclamées. Ce n'est là autre chose que le *jus adcrescendi.* Rappelons-nous que, au point de vue de ce qui était *pro non scripto*, le droit d'accroissement avait subsisté sous les lois caducaires, et que Justinien déclare ne vouloir faire aucune innovation. Or, l'accroissement produit justement le résultat que Justinien exprime en disant : « *Manere a quo derelictum est.* » Il y

[1] Sans doute, une part d'hérédité peut, au moyen d'un fidéicommis, être fournie à son destinataire par l'intermédiaire d'un héritier institué. Mais il est évident que Justinien ne songeait pas à cette hypothèse. Ce qu'il a entendu régler, c'est bien le sort d'une part héréditaire proprement dite, attribuée directement par le testateur.

a dégagement de la possibilité d'un concours ; et c'est en réalité comme si, l'institué ayant été chargé de remettre à un tiers partie de ce qui lui avait été laissé, il se trouvait débarrassé de cette obligation.

S'il est certain que, pour les dispositions dites *pro non scriptis*, Justinien, fidèle à tout le passé de la jurisprudence romaine, maintient l'accroissement, tel qu'il avait été toujours en vigueur sur ce point, nous sommes fixés également sur le sort qu'il réserve aux institutions appelées *in causa caduci*, dont la défaillance est survenue *vivo testatore*. L'empereur, en écartant ici les prescriptions des lois Julia et Papia, revient à l'uniformité de droit, et soumet au même régime que les dispositions *pro non scriptis*, en d'autres termes, au régime de l'accroissement, les dispositions *in causa caduci*. C'est, nous l'avons dit, par la répétition de la même formule qu'il exprime sa décision, sauf qu'en cette partie il abolit le droit antérieur. Nous lisons ce qui suit, au commencement du paragraphe 4 : « *Pro secundo vero ordine, in quo ea vertuntur, quæ in causa caduci fieri contingebant, vetus jus corrigentes, sancimus ea, quæ ita evenerint, simili quidem modo manere apud eos a quibus sunt derelicta.* »

Enfin, relativement aux institutions qui, autrefois, étaient qualifiées proprement *caduques*[1], à celles dont la défaillance est postérieure au décès du testateur, il est certain que l'intention de Justinien est encore d'appliquer la même règle. Sans doute, sur ce point, la décision n'est pas donnée de prime abord, ni même ailleurs d'une manière générale. Justinien revient, pour en faire justice une seconde fois, aux prescriptions des lois caducaires, qui retardaient l'adition d'hérédité, et par suite le *dies cedens* des legs ou des fidéicommis. Cependant, au paragraphe 7, à l'occasion des dispositions conditionnelles, pour lesquelles la condition ne viendrait à défaillir qu'après le décès du testateur, hy-

[1] Remarquons que Justinien ne s'occupe que de ces trois catégories : 1° *pro non scriptis;* 2° *in causa caduci*; 3° *caduca*. Dans notre système, elles embrassaient toutes les causes de défaillance, de sorte qu'en les réglant on ne laissait en dehors aucune hypothèse. Pour ceux qui admettent, au contraire, que la caducité n'atteignait pas les défaillances provenant d'un motif reconnu par l'ancien droit, Justinien, ce qui n'est point supposable, aurait passé sous silence une partie importante de son sujet.

pothèse qu'il range dans les *caduca* proprement dits, Justinien reproduit la règle que nous avons rencontrée pour les deux premières classes de dispositions : « *Quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc, quod ideo non prævaluit, manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est.* » En définitive, l'empereur se rattache constamment au principe de l'accroissement ; et nous pouvons dire que désormais, quand une part héréditaire défaille, quel que soit le motif et l'époque de la défaillance, il faudra appeler à prendre la part vacante ceux dont les droits auraient subi une réduction, dans le cas où cette institution eût produit ses effets.

Ce premier point établi, nous abordons l'hypothèse qui constitue le véritable nœud de la difficulté, et à propos de laquelle des divergences ont toujours existé et existent encore entre les auteurs fort nombreux qui ont écrit sur ce sujet. Nous voulons parler du cas où à côté du défaillant se rencontrerait un *conjunctus*. Justinien n'a de même ici qu'une façon de s'exprimer. Toutes les fois que dans sa constitution il énonce la règle générale : « *Manere a quibus derelictum est,* » il accompagne cette règle de la réserve suivante, qui paraît apporter une dérogation au principe fondamental de la dévolution : « *Nisi vacuatis vel substitutus suppositus, vel conjunctus fuerat aggregatus.* » § 3. Cette mention se retrouve, toujours sous forme d'exception, au paragraphe 4 : « *Nisi et in hunc casum vel substitutus, vel conjunctus eos antecedat.* » De même, au paragraphe 7, pour les *caduca*, on lit ces expressions, restrictives en apparence de la décision principale : « *Nisi et hic vel substitutus relictum accipiat, vel conjunctus, sive heres, sive legatarius hoc sibi adquirat.* » Nous laisserons de côté ce qui concerne la présence d'un substitué. Quand il y a une substitution, l'accroissement est en effet écarté ; car il suppose une part *vacante*, et le résultat de la substitution est précisément de faire obstacle à la *vacance*, en mettant le substitué à la place de celui qui le primait, de sorte qu'elle ne reste pas vide. Nous n'avons à nous occuper que de la circonstance où il y a un *conjunctus*.

Avant d'examiner si, quant au *conjunctus*, l'exception existe en réalité, il est essentiel de se fixer sur la portée qu'a cette expression dans la bouche de Justinien. Nous savons que l'idée de

conjunctio se prête à deux significations. Elle peut exister quant à la chose uniquement (*conjunctio re*) ; elle peut exister seulement quant au langage (*conjunctio verbis*) ; double *conjunctio*, qui entraîne avec elle la possibilité d'une troisième et dernière *conjunctio*, laquelle n'est que la réunion des deux autres (*conjunctio re et verbis*). Dès lors, quand on parle d'héritiers *disjuncti*, cela peut s'entendre soit d'une séparation au point de vue de ce qui est laissé à plusieurs, bien que par la même phrase (*disjuncti re*), soit d'une séparation qui n'a trait qu'aux formules d'institution, la part laissée étant la même (*disjuncti verbis*), soit enfin d'une séparation sous ces deux rapports entre deux institués, pour chacun desquels le testateur s'est servi d'une phrase distincte, en appelant aussi chacun d'eux à une fraction héréditaire différente (*disjuncti re et verbis*).

Or, quand Justinien établit une exception au profit du *conjunctus*, de manière à lui assurer un droit de préférence quant à l'attribution de ce qui est vacant, dans quel sens prend-il cette expression ambiguë : *conjunctus?* A-t-il en vue la *conjunctio re* ou la *conjunctio verbis?* Nous croyons qu'il ne fait allusion qu'à cette dernière. C'est ce qui nous paraît ressortir de l'explication qu'il fournit lui-même au paragraphe 10. Pour distinguer les *conjuncti* des *disjuncti*, il faut s'attacher, dit-il, à la rédaction employée par le testateur, à la manière dont les dispositions sont conçues. « *Non enim tantum conjunctivo modo quædam relinquuntur sed etiam disjunctivo.* » Le *modus conjunctivus* ou *disjunctivus* est évidemment appliqué par Justinien à l'unité ou à la diversité de phrases à laquelle a eu recours le testateur. Un peu plus loin, en effet, la constitution, pour rendre compte de la distinction admise entre les deux sortes de *modi*, s'appuie sur ce motif que les *conjuncti* ne forment qu'une seule personne à raison de l'*unitas sermonis*. « *Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem* PROPTER UNITATEM SERMONIS, *quasi in unum corpus redacti sunt.* » Au contraire, les *disjuncti* reçoivent cette qualification parce que le testateur a parlé d'eux séparément. « *Disjuncti vero ab ipso testatoris* SERMONE *apertissime sunt discreti.* » Nous ne pouvons, par conséquent, douter un seul instant que la *conjunctio* quant aux *verba* ne soit dans la pensée de Justinien, alors qu'il distingue des *conjuncti* et des *disjuncti*.

Toutefois, nous nous garderons bien de conclure de là que la

conjunctio verbis tantum suffise pour donner un droit de préférence, à l'imitation du système peu rationnel consacré, du moins entre légataires, par la loi Papia. Nous estimons, en effet (c'est là une observation essentielle qu'il ne faut pas perdre de vue), que la condition première et indispensable, pour avoir le droit de recueillir une part vacante, c'est qu'il y ait toujours chez celui qui veut la prendre une *conjunctio re* avec le défaillant. Justinien sous-entend cette *conjunctio* comme une chose allant de soi, et nécessaire *à priori* pour fonder l'accroissement, ainsi qu'elle l'était, nous l'avons vu, sous l'empire des principes du *jus vetus adcrescendi*. N'oublions pas que, quant aux dispositions *non écrites*, Justinien entend maintenir la vieille tradition du droit romain, qui n'admettait entre cohéritiers l'accroissement privilégié qu'autant que la même part d'hérédité avait été laissée *in solidum* à diverses personnes. En sanctionnant de nouveau sur ce point la règle qui de tout temps avait été invariablement observée, il n'a pas assurément fait abstraction de la base première de l'accroissement, que les jurisconsultes exprimaient de la sorte : « *Totum singulis datum, concursu partes fieri.* »

Cette condition *sine qua non*, la *conjunctio re*, est d'ailleurs, sinon explicitement, du moins virtuellement renfermée dans la formule employée par Justinien pour déterminer les personnes ayant droit à l'attribution d'une part vacante. Celle-ci doit rester, nous dit-il, à ceux qui en étaient grevés : « *Manere a quibus derelictum fuerat.* » Or, quand il s'agit d'un institué, qui n'avait d'autre rapport avec le défaillant que celui d'être compris dans la même formule d'institution, mais qui avait été circonscrit dans une fraction distincte de celle de son co-institué, il y a entre les deux absence d'une *conjunctio re*. On ne peut pas dire que l'un d'eux faisant défaut, l'autre soit dispensé de fournir une part de ce qui lui avait été laissé. Ni l'un ni l'autre ne se trouve réduit dans son droit par la présence de son conjoint. Supposez qu'ils viennent tous les deux à la succession, chacun prend exactement la totalité de son institution.

Le texte de la constitution *De caducis tollendis* n'est pas du reste la seule source qui nous apprenne que Justinien, en distinguant le *conjunctus* du *disjunctus*, et en faisant porter cette distinction sur les *verba* ou le *sermo*, sous-entendait toujours, ainsi que nous l'avons fait observer, l'existence d'une *conjunctio re*. Dans le pa-

ragraphe 8 du titre *De legatis*, aux Institutes, nous voyons bien aussi qu'à ses yeux, pour les légataires comme pour les héritiers, la qualité de *conjunctus* ou de *disjunctus* dépend de l'unité ou de la diversité des formules. Mais, en même temps, nous apercevons nettement que pour les uns et les autres il doit y avoir également une *conjunctio re*, puisque Justinien suppose que c'est une seule et même chose qui a été léguée (*eadem res*). Cette unité n'existe pas alors que dans l'objet légué des parts ont été faites. On peut dire ici des légataires, suivant l'expression de Paul : « *Semper partes habent.* » Peu importe que les parts se réfèrent au même objet. La moitié d'un fonds est aussi bien distincte de l'autre moitié qu'un fonds pris dans son entier est distinct d'un autre fonds. Il en résulte seulement une indivision, et, par suite, la nécessité d'un partage, c'est-à-dire un règlement propre à rendre la jouissance plus facile, mais qui, s'il est fait exactement, ne change rien à la somme du droit de propriété.

En résumé, la doctrine de Justinien se ramène aux deux propositions suivantes : première proposition, principale, « la défaillance profite à celui qui eût été grevé (*manere a quibus derelictum est*); » deuxième proposition, présentée comme une exception à la précédente, « néanmoins, le *conjunctus* a la préférence sur le grevé (*nisi conjunctus antecedat*). » Cette doctrine peut, suivant nous, être formulée ainsi en d'autres termes : « Quand une part héréditaire défaille, elle appartient aux *conjuncti re*; toutefois, si, parmi les *conjuncti re*, il en est qui soient en même temps *conjuncti verbis* avec le défaillant, ceux-ci doivent être préférés. » Nous allons voir qu'au fond de ces deux décisions il n'y a qu'une seule idée, savoir celle-ci : « La défaillance d'un cohéritier profite à ceux auxquels l'institution en défaillance aurait nui, si l'institué qui ne répond pas à la vocation du défunt était venu concourir. »

Prenons un exemple, dans lequel se trouvent réunies les différentes manières dont plusieurs héritiers peuvent être appelés à recueillir une succession, de telle sorte que nous ayons en présence les *conjuncti* ou les *disjuncti* de divers genres qu'il importe de distinguer. Un testament est ainsi conçu : « *Primus ex parte dimidia heres esto; Secundus ex parte dimidia heres esto; ex parte, qua Secundum institui, Tertius heres esto; ex eadem*

parte, Quartus et Quintus heredes sunto; ex eadem parte, Sextus et Septimus æquis ex partibus heredes sunto. » Dans cette espèce, le testateur a fait d'abord une première division de son hérédité en deux parts égales, savoir : une moitié pour Primus à lui seul, puis une autre moitié, à laquelle sont appelés six concurrents, dont les droits doivent se concentrer sur la même quote-part. Nous dirons que Primus est *disjunctus re et verbis* par rapport à tous; qu'il n'y a entre lui et qui que ce soit des autres institués ni *conjunctio re*, ni *conjunctio verbis*. Au contraire, les six derniers héritiers sont *conjuncti re;* mais, à côté de cette *conjunctio*, qui est le trait commun, ils se trouvent dans des positions différentes au point de vue de la *conjunctio verbis*.

Sans doute, il y a dans le testament cinq formules d'institution, dont chacune porte sur une part de même grandeur, une moitié de l'hérédité. Toutefois, il ne s'ensuit pas qu'il faille diviser l'hérédité en cinq fractions égales, ainsi qu'on devrait le faire, si le testateur n'eût établi aucun rapport d'*identité* quant à l'objet de certaines institutions. Mais comme, après avoir assigné une moitié à Primus, et une moitié à Secundus, il a eu le soin, en ajoutant de nouvelles institutions, de confondre leur objet avec celui d'une institution précédente, celle de Secundus, la conclusion à tirer de cette confusion opérée par le défunt est que son intention a été de réserver une moitié entière à Primus, et de ne lui donner absolument aucun rival[1]. Primus est par conséquent

[1] Nous devons faire observer que l'interprétation ci-dessus ne fut pas admise sans contestation. Ulpien (l. 15, pr., *De her. instit.*), Paul (l. 142, *De verb. sign.*), nous attestent que Julien avait élevé des doutes sur ce point, mais que ces doutes n'avaient pas prévalu. Nous nous sommes servi de la formule même que l'on rencontre dans les textes : « *Ex qua parte* ILLUM *institui, ex eadem parte* HIC *heres esto.* » Les jurisconsultes que nous avons cités se bornent, il est vrai, à supposer une seule répétition pour l'institution *ex eadem parte*. Mais la règle une fois admise qu'une seconde institution *ex eadem parte* ne crée pas une nouvelle fraction de l'hérédité, on peut en dire autant à l'égard d'une troisième, d'une quatrième, et cela indéfiniment, tant qu'il plaira au testateur de faire porter sur la *eadem pars* les institutions qu'il multipliera à son gré. Sans doute, en fait, un testateur usera rarement à diverses reprises de cette faculté; mais, pour le besoin de la discussion, nous avons reproduit plusieurs fois l'institution *ex eadem parte*, en variant la formule de chaque institution nouvelle, de manière à mettre en conflit sur la même part les différentes espèces de *conjuncti*.

appelé à une *res* distincte de celle déférée à l'ensemble des autres institués : il est donc *disjunctus re*. Quant à la *disjunctio verbis*, elle est évidente. — Par opposition à Primus, les autres institués sont réduits, malgré leur nombre, à ne prendre à eux tous qu'une même part, une seule et unique moitié. Ils sont dès lors *conjuncti re*. Pour les *verba*, il y a entre eux tantôt *disjunctio*, tantôt *conjunctio*. Ainsi, Secundus et Tertius sont *disjuncti verbis* par rapport à tous leurs collègues. Quartus et Quintus sont *conjuncti verbis* entre eux, mais *disjuncti* relativement aux autres. Enfin, Sextus et Septimus sont *conjuncti verbis* uniquement l'un vis-à-vis de l'autre. Quant à la *res*, ils sont *conjuncti* avec Secundus, Tertius, Quartus et Quintus. Dans leurs rapports respectifs, ils sont *disjuncti re*, si le concours ne s'établit qu'entre eux; mais ils seront au contraire *conjuncti*, tant qu'ils rencontreront des concurrents sur leurs parts héréditaires.

Parmi ces propositions, la dernière seule présente quelque difficulté, et a besoin d'explications. Nous allons y revenir, après avoir examiné le résultat qu'amènera le concours effectif de tous les appelés. Si nul ne fait défaut, il est clair, suivant ce que nous avons établi, que Primus absorbera une moitié de la succession. Quant à l'autre moitié, elle doit se diviser, non pas selon le nombre des participants, mais selon la mesure de leurs droits. Or, la règle admise par les jurisconsultes romains, quand il y a vocation à la même chose par des formules diverses d'institution, est que chaque formule constitue une tête, sauf une subdivision entre les membres compris dans la même formule[1]. Par suite, il y aura dans cette moitié d'abord quatre parts à faire, ce qui nous donnera quatre huitièmes. Secundus obtiendra un huitième, Tertius également un huitième. Quartus et Quintus n'auront à eux deux qu'un huitième qu'ils partageront, et se trouveront ainsi réduits à un seizième chacun. Enfin, il en sera de même pour Sextus et Septimus.

Quartus et Quintus paraissent ainsi placés sur la même ligne

[1] Cette règle nous est fournie par Ulpien, dans la loi 59, § 2, *De her. instit.* Le testament porte ce qui suit : « *Titius heres esto : Seius et Mævius heredes sunto. Verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur.* » Dans l'espèce, Seius et Mævius, réunis dans la même formule, ne font qu'une part. Javolénus, l. 11, *De her. instit.*, adhère, comme Ulpien, à cette décision de Proculus.

que Sextus et Septimus; et, effectivement, il y aura parité de droits pour les uns et les autres, en cas de concours général, un seizième formant la part de chacun. Cependant, cette similitude est loin d'exister complétement; et, suivant les circonstances, une différence sensible peut se manifester dans leur position. Cette différence tient à ce que Quartus et Quintus sont *conjuncti re* en même temps que *conjuncti verbis*. Chacun des deux se trouve en effet appelé éventuellement à une moitié entière, s'il se trouve seul pour recueillir la seconde *dimidia pars*. Que tous les concurrents sur cette *pars* disparaissent, hormis Quartus ou Quintus; l'un ou l'autre, demeuré *seul*, aura droit à la moitié de la succession, en vertu de son institution, qui ne dépassera pas ainsi le *maximum* qu'elle peut atteindre, dégagée de toute prétention rivale qui la gêne. Au contraire, Sextus et Septimus ne sont fondés à prendre la moitié de l'hérédité qu'autant qu'on *additionne* leurs deux institutions. La moitié, qui leur est assignée, ayant été divisée *æquis ex partibus* par le testateur, cette institution se décompose en deux institutions, chacune d'un quart. C'est là leur limite; c'est le plus grand développement que puisse obtenir l'une ou l'autre, en l'absence de tout droit parallèle. Sextus et Septimus, dès l'instant qu'ils ont un quart chacun, par suite de la défaillance de tous les autres appelés à la *eadem pars dimidia*, ont épuisé la totalité de ce qui leur a été laissé directement. Mais allons plus loin; que l'un des deux encore vienne à manquer; que Sextus, par exemple, se trouve seul à recueillir la succession en concours avec Primus, titulaire de l'autre *dimidia pars*. Dans cette hypothèse, le quart attribué par le testateur à Septimus n'appartiendra pas exclusivement à Sextus en vertu du droit d'accroissement privilégié. Ce droit ne peut être invoqué que par le *conjunctus re*. Or, telle n'est pas la position de Sextus par rapport à Septimus, en l'absence de tous rivaux sur leurs parts. Chacun d'eux n'étant en somme institué que pour un quart, l'objet de leur institution diffère. Sans doute, la part de Septimus ne restera pas vacante : elle ira bien grossir celle de Sextus; mais ce ne sera point par l'application du droit d'accroissement proprement dit, qui n'est que l'exécution de la volonté du défunt. Cet effet se produira uniquement grâce à la règle : « *Nemo partim testatus...* » Seulement l'accroissement fondé sur cette maxime se fera *pro partibus hereditariis* au profit

de tous les héritiers appelés à d'autres parts, au profit des *disjuncti re*. Sextus trouvera donc dans la personne de Primus un concurrent qui, ayant un droit double du sien, prendra les deux tiers du quart de Septimus, et réduira Sextus à n'avoir qu'un tiers de ce qui est vacant.

La solution que nous venons d'énoncer, en ce qui concerne les *conjuncti verbis tantum*, constitue le point de notre doctrine qui a rencontré le plus de résistance, et suscité les controverses les plus vives. Pour effacer la division de l'objet de l'institution, résultant de cette circonstance que le testateur a établi des parts, les commentateurs ont imaginé de prétendre que la division ne portait pas sur la *disposition* même, mais seulement sur son *exécution ;* qu'elle n'était que conditionnelle et subordonnée au concours des *conjuncti verbis*, et que Doneau[1] exprime en disant qu'au moyen de cette assignation de parts, les *conjuncti* deviennent bien *disjuncti inter se*, sans l'être d'une manière absolue, de telle sorte que la totalité serait attribuée à chacun au défaut de l'autre. Qu'une pareille interprétation ne fût pas celle des jurisconsultes romains, c'est ce qui ressort incontestablement, ainsi que nous l'avons vu précédemment[2], de la loi 66, *De hered. instit.* Ce texte est la condamnation formelle de la théorie qui étend aux *conjuncti verbis tantum* la prérogative de l'accroissement. Justinien, en faisant entrer cette décision dans les Pandectes, a entendu ainsi maintenir l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle une détermination de parts dans l'institution avait pour résultat d'en restreindre la portée d'une façon radicale. En effet, quand le testateur a dit qu'un tel devait être *ex parte heres*, c'est aller au delà de sa volonté que de le considérer comme institué pour le tout. Nous savons aussi qu'en matière de legs une assignation de parts ne permettait en aucun cas au légataire de se prétendre appelé au tout par le testateur[3]. En partant de cette manière d'apprécier l'institution *œquis ex partibus*, on voit qu'en réalité elle n'est faite à l'égard de chacun

[1] *De jur. civ.*, liv. VII, ch. XIII, § 21.

[2] Voir ch. I^er^, § 1^er^.

[3] Sous l'empire des lois caducaires, si le colégataire *conjunctus verbis tantum* pouvait prendre la totalité, il n'y avait là qu'un bénéfice attribué directement par la *loi*, indépendamment de la volonté du testateur.

que pour la moitié du montant de l'institution, qu'il y a dès lors deux objets distincts, et que, chaque institué étant circonscrit dans un domaine différent, on est fondé à dire qu'il y a entre eux absence de *conjunctio re*.

Toutefois, s'il est vrai, dans notre exemple, que Sextus et Septimus sont *disjuncti re*, cela n'est exact qu'autant qu'il ne se trouve aucun rival pour recueillir avec eux ce qui leur a été laissé *æquis ex partibus*. La présence d'autres héritiers, institués par des formules différentes pour la même moitié, place effectivement Sextus et Septimus vis-à-vis ces héritiers dans un rapport de *conjunctio re*, qui, par la force des choses, entraîne aussi un même rapport de *conjunctio* entre Sextus et Septimus. Seulement ce dernier rapport n'étant qu'une suite de l'existence de coappelés, il s'effacera dès que cette circonstance sera supprimée. Une telle situation paraît, au premier abord, difficile à saisir, et impliquer en quelque sorte contradiction. Il importe donc de s'en rendre bien compte.

Nous avons vu que l'institution de Sextus et de Septimus pour une moitié, mais en même temps *æquis ex partibus*, s'analysait en définitive en deux institutions pour un quart chacune comme *maximum*. Mais une moitié ne contient au plus que deux quarts. Or, Secundus, étant institué pour la même moitié, soit pour les deux mêmes quarts, il est *conjunctus* quant à l'objet de son institution, dans la proportion d'un quart avec Sextus, et d'un quart avec Septimus. De là résulte nécessairement entre Sextus et Septimus eux-mêmes une *conjunctio re*, qui a sa source uniquement dans le concours de Secundus. Supposons que pour la *dimidia pars* il y ait seulement conflit entre Secundus d'un côté, et Sextus et Septimus de l'autre. Un partage entre ces trois prétendants ferait que Secundus prendrait un quart, et Sextus et Septimus chacun un huitième. Le quart, auquel l'un et l'autre de ces derniers sont appelés comme *maximum*, se diminue donc de moitié ; mais il ne descend à ce chiffre que par le concours réuni de tous les prétendants. La présence de Secundus seul ne ferait perdre à Sextus, par exemple, que le tiers de son quart, si Septimus défaillait. C'est la présence concomitante de Septimus qui élève la perte du tiers à la moitié. Dès lors, on est autorisé à soutenir, quand Sextus est réduit de moitié, que les deux tiers de cette moitié lui sont enlevés par Secundus, et l'autre tiers par

Septimus. Cela revient à dire que Sextus est *conjunctus re* avec l'un et l'autre, sauf que la *conjunctio* qui existe entre lui et Secundus est en proportion double de celle qui le lie à Septimus.

En opérant sur des chiffres, il sera facile de mettre en saillie ce résultat. La moitié de la succession à l'occasion de laquelle Secundus est institué sans restriction, tandis que Sextus et Septimus l'ont été *æquis ex partibus*, représente une valeur de 60. S'ils viennent tous à partage, Secundus prendra 30, Sextus et Septimus chacun 15. Le concours des divers prétendants fait perdre à Sextus 15, la moitié de son institution. Mais, dans ce préjudice, un tiers est imputable à Septimus. S'il n'était pas là, les 60 se diviseraient de façon que Secundus, institué pour moitié, ayant un droit double de celui de Sextus, institué pour un quart, aurait deux portions, c'est-à-dire 40, tandis que Sextus aurait une portion, c'est-à-dire 20. En réalité, pour fournir les 15 de Septimus, quand il y a trois parts à faire, Sextus contribue jusqu'à concurrence de 5, et Secundus ne contribue que pour 10. Il y a donc, en cas de concours général, *conjunctio re* entre Sextus et Septimus. Mais cette *conjunctio*, nous le répétons, n'est due qu'à la présence de Secundus. Ce rival disparaissant, Sextus et Septimus obtiennent chacun 30, et arrivent ainsi à la totalité de ce que le testateur leur a assigné [1].

Dans l'espèce que nous avons prise, Tertius se trouve vis-à-vis Sextus et Septimus dans les mêmes rapports absolument que ceux qui existent pour ces derniers relativement à Secundus. Par conséquent, la présence de Tertius amène encore un rapport de *conjunctio* entre Sextus et Septimus. Enfin, une observation analogue doit être faite quand on compare l'institution de Quartus et de Quintus avec celle de Sextus et de Septimus; on y découvre également une influence de *conjunctio re* exercée par l'une sur l'autre.

Après avoir déterminé la portée des différentes institutions sur la *dimidia pars* que nous avons à distribuer, et les rapports qui

[1] Nous rencontrons ici, en matière d'institution d'héritier, un résultat analogue à celui que consacre en présence des mêmes circonstances le jurisconsulte Javolenus (l. 41, pr., *De legat.* 1°), qui admet effectivement l'accroissement entre légataires appelés à des parts distinctes. Voir ce que nous avons dit sur ce texte, dans notre chapitre 1er, § 3.

existent entre elles, il nous reste, en appliquant notre principe, à voir de quelle manière la défaillance de chacun devra profiter à ses collègues.

Secundus fait défaut. Il était institué pour une moitié; mais dans cette moitié il avait pour rivaux d'abord Tertius, *disjunctus verbis,* appelé seul à la même quotité, puis Quartus et Quintus, institués *conjunctim re et verbis* pour la même part, puis enfin Sextus et Septimus, institués encore pour cette moitié, *æquis ex partibus*, ayant ensemble les mêmes droits que les titulaires isolés des précédentes institutions. Un concours complet eût réduit les représentants des différentes institutions à se contenter d'un huitième, et eût fait perdre à chaque institution les trois quarts de ce qui y était compris. En faisant abstraction de Secundus, il ne reste plus que trois têtes. La moitié à partager se divisera par tiers, dans l'espèce, en sixièmes au lieu de huitièmes. Tertius, d'une part, Quartus et Quintus de l'autre, enfin, Sextus et Septimus auront un sixième, c'est-à dire 4/24, tandis qu'au cas du concours de Secundus, ils n'auraient eu que 3/24. La fraction recueillie par chacun s'accroît d'un quart; en d'autres termes, chacun gagne ce qui lui eût manqué, si le défaillant avait profité de sa vocation. C'est l'application de la première règle principale : « *Manere a quibus derelictum est.* »

En supposant que Tertius défaille au lieu de Secundus, celui-ci prendra la place qu'occupait Tertius dans la première hypothèse. Les parts seront absolument les mêmes, et nous aurons identiquement les résultats que nous venons de signaler. Secundus et Tertius, en effet, sont exactement sur la même ligne.

Il n'en est plus ainsi, quand la défaillance atteint Quartus seul, ou Quintus seul. En pareil cas, l'institution de Quartus et Quintus, qui pour les deux ne forme qu'une tête, ne s'amoindrit en aucune façon par l'absence de l'un. Si Quartus et Quintus, venant ensemble, n'ont droit qu'à une part, leur *simultanéité* au partage n'est pas nécessaire afin de constituer une tête. Chacun suffit à la représenter en totalité. L'unité de personne, existant entre Quartus et Quintus, n'a pour effet que de les restreindre l'un par rapport à l'autre. Quartus, par exemple, *isolément*, est appelé à la moitié vis-à-vis des autres institués, sans avoir besoin d'être aidé par son *conjunctus*. C'est la conséquence de ce que le testateur n'a pas assigné de part à Quartus, qui

dès lors ne doit subir de réduction qu'en faveur de Quintus. Pourvu que celui-ci disparaisse, l'institution de Quartus a la même étendue que celle de Secundus ou de Tertius. Dès lors, la défaillance de Quintus ne doit conférer aucun bénéfice à tous les institués autres que Quartus. Supposez que le défunt n'eût pas mentionné Quintus à côté de Quartus, la position du reste des héritiers n'eût été en rien changée. Elle ne doit pas s'améliorer, puisqu'elle n'éprouvait pas de préjudice à raison du concours de Quintus. Celui que ce concours gênait exclusivement, c'était Quartus, réduit de la sorte à un seizième au lieu d'un huitième. C'est donc celui-là seul qui peut invoquer le droit d'accroissement. — Mais au lieu de constituer une exception à la règle générale : « *Manere a quibus derelictum est*, » ainsi que Justinien l'indique à tort, cette décision n'est qu'une application logique de cette maxime. Les autres *conjuncti re*, pour lesquels la présence réunie de Quartus et Quintus, ou la présence d'un seul, est indifférente, ne commencent à pouvoir prétendre à l'accroissement qu'autant que tous les deux feraient à la fois défaut. Il y aurait alors une tête de moins, et la défaillance simultanée de Quartus et Quintus produirait le même effet que la défaillance soit de Secundus, soit de Tertius isolément.

Enfin, que Sextus ou Septimus, l'un des deux séparément, vienne à faire défaut, l'accroissement ne devra pas s'opérer exclusivement au profit de l'autre. Sans doute, à l'égal de Quartus et Quintus, Sextus et Septimus réunis constituent une tête ; mais, par suite de l'assignation de parts, chacun d'eux, même l'autre manquant, continue à ne former qu'une demi-tête. Si Septimus répudie, Sextus ne peut pas se substituer à Septimus, à l'instar de ce qui a lieu entre Quartus et Quintus. Cependant, si nous refusons à Sextus le privilége d'un accroissement exclusif, nous ne le laisserons pas entièrement étranger au bénéfice de l'accroissement. Rappelons-nous que la présence des *conjuncti re* établit aussi entre Sextus et Septimus une *conjunctio re*, qui seulement est moitié moindre que la *conjunctio* à l'égard des autres têtes, ce qui doit être, puisque Sextus ne forme, avons-nous dit, qu'une demi-tête. Par conséquent, Sextus, ne se trouvant *conjunctus* avec le défaillant que pour moitié, par opposition aux représentants des autres institutions, il ne participera à l'accroissement que pour la moitié de ce que prennent ceux-ci dans

la part vacante. Si nous supposons que la fraction qui reviendrait à Septimus serait de 14, ces 14 se diviseront en quatre parts, dont les trois premières, s'élevant à 4 chacune, appartiendront, l'une à Secundus, la deuxième à Tertius, la dernière à Quartus et Quintus. Quant à l'autre part, qui n'est que de 2, elle constitue le contingent dévolu à Sextus dans le bénéfice de la défaillance. Ces chiffres expriment, en effet, celui de la contribution que les divers institués auraient dû fournir, pour faire la part de Septimus, si celui-ci avait concouru. La moitié de la succession vaut 112 : personne ne faisant défaut, il y aurait eu 28 pour Secundus, 28 pour Tertius, 28 pour Quartus et Quintus, enfin, 28 pour Sextus et Septimus, dont 14 pour chacun de ces derniers. La manière dont nous répartissons la part de Septimus vacante n'est donc encore que l'application de la règle : « *Manere a quibus derelictum est.* »

La constitution de Justinien n'offre rien qui ne soit en harmonie avec la doctrine que nous venons d'exposer, doctrine qui n'est, en définitive, que la reproduction des principes de l'ancien *jus adcrescendi*. On trouve prévues dans cette constitution les trois hypothèses suivantes : 1° tous les héritiers sont *conjuncti;* 2° tous les héritiers sont *disjuncti;* 3° il y a à la fois des héritiers *conjuncti* et des héritiers *disjuncti.*

Les hypothèses n^{os} 1 et 2 sont résolues de la même manière. Qu'il y ait défaillance de l'un de divers institués conjoints, ou de l'un de divers institués disjoints, l'accroissement doit se faire au profit des autres, en raison de l'importance de leur institution. « *In his itaque, si quidem coheredes sunt omnes conjunctim, vel omnes disjunctim, et vel instituti, vel substituti, hoc, quod fuerit quoquo modo evacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus... pro hereditaria parte... acquiratur.* » § 10.

En premier lieu, tous les héritiers sont conjoints, ce qui, nous le savons, signifie pour Justinien : sont compris dans la même formule. Peu importe, du reste, que l'unité de formule, d'où l'empereur fait dériver la *conjunctio*, ait pour objet l'hérédité entière, ou une quote-part de l'hérédité; que le testateur ait dit, par exemple : « *Primus, Secundus, Tertius, Quartus heredes sunto,* » ou qu'il ait dit : « *Primus, Secundus, Tertius, Quartus, ex parte dimidia, heredes sunto.* » Seulement, suivant les cas, la

conjunctio re, qui, au fond, est toujours indispensable pour l'accroissement, portera tantôt sur toute l'hérédité, tantôt uniquement sur une fraction envisagée à elle seule comme un tout. Que l'un des quatre institués vienne à faire défaut, l'hérédité entière, ou la moitié, qui se serait divisée en quatre parties, s'il y avait eu concours de tous, se partagera seulement en tiers, c'est-à-dire que chacun conservera ce dont il eût été privé par la présence effective du défaillant. C'est donc la règle générale : « *Manere a quibus derelictum est.* » — La dévolution de ce qui est vacant, ajoute Justinien, doit se faire au *prorata* des parts héréditaires Ces parts ne sont pas toujours nécessairement égales, comme elles le sont dans l'exemple que nous venons de prendre. Supposons que le testateur se soit exprimé de la sorte : « *Primus, Secundus, Tertius et Quartus, illi duo, æquis ex partibus heredes sunto.* » Ici, la même formule d'institution donne le tout à Primus, le tout à Secundus, mais à Tertius ou à Quartus une moitié seulement. Les parts héréditaires manquent d'égalité; celles de Primus et de Secundus sont doubles de celles de Tertius et de Quartus. Cela n'empêche pas, nous l'avons vu, Tertius et Quartus d'être *conjuncti re* avec Primus et Secundus. En cas de défaillance de Primus, sa part, qui, dans l'espèce, serait d'un tiers ou de quatre douzièmes, devant appartenir *pro partibus hereditariis* à tous les institués compris dans la même formule, Primus prendra le double de ce que prendra Tertius ou de ce que prendra Quartus. Si c'est, au contraire, Tertius qui fait défaut, Quartus, qui a une part héréditaire moitié moindre que celle de Primus ou de Secundus, ne retirera de l'accroissement qu'un bénéfice moitié moindre que celui qui sera recueilli par Primus ou par Secundus. La répartition sur ces bases donnera satisfaction à notre principe dominant. Les calculs que nous avons établis précédemment démontrent, en effet, que chacun des *conjuncti æquis ex partibus* n'enlève aux autres *conjuncti* que la moitié de ce qui lui est enlevé par un *conjunctus sine parte*.

En substituant à un ensemble d'héritiers *conjuncti* des héritiers qui soient, au contraire, institués *disjunctim*, c'est-à-dire par des formules diverses, l'accroissement en faveur de tous indistinctement, dans la mesure de leurs parts héréditaires, comme le veut Justinien, ne sera encore que l'exonération de la perte qu'eût fait subir à chacun le concours du défaillant, suivant la

règle : « *Manere a quibus derelictum est.* » Le testateur, nous l'admettons d'abord, n'a pas fait de parts, ce qui donne à chaque institué des droits égaux. Il a dit : « *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius heres esto.* » La défaillance de Primus assure une moitié à Secundus, une moitié à Tertius. Chacun d'eux prend trois sixièmes au lieu de deux sixièmes ; en d'autres termes, chacun garde ce qu'il eût été obligé de fournir afin de composer la part de Primus. — Le testateur a-t-il assigné des parts ; a-t-il dit, par exemple : « *Primus ex semisse heres esto, Secundus ex quadrante heres esto, Tertius ex quadrante heres esto?* » Si Secundus fait défaut, son quart reviendra à Primus et à Tertius, institués *disjunctim*, comme le défaillant. Mais Primus est institué pour une *pars hereditaria* double de celle de Tertius. Il aura, par conséquent, les deux tiers de la part vacante, soit, sur les trois douzièmes de Secundus, deux douzièmes, le dernier douzième revenant seul à Tertius. En effet, si le testateur n'eût pas institué Secundus, il y aurait eu dans l'*as* un quart non distribué, qui se serait réparti entre les institués *pro partibus hereditariis* (Instit., liv. II, tit. XII, § 7). Le concours de Secundus aurait lésé Primus jusqu'à concurrence de deux douzièmes, et Tertius pour un douzième seulement. Ils les retiennent, à défaut de Secundus[1].

Reste la dernière hypothèse, la plus embarrassante, celle où le testateur a appelé à la même hérédité ou à la même quotepart différents héritiers, les uns par la même formule (*conjunctim*), les autres par des formules diverses (*disjunctim*). Ici Justinien établit une distinction, suivant que la défaillance atteindra l'un des *conjuncti* ou l'un des *disjuncti*. Pour le premier cas, quand il y a défaillance d'un *conjunctus*, la constitution décide

[1] On pourrait croire que, dans ce dernier cas, la base essentielle du droit d'accroissement, la *conjunctio re*, fait défaut, puisque les héritiers sont institués pour des parts différentes. Mais il faut se rappeler que, si la volonté directe du testateur manque pour créer une *conjunctio re*, elle dérive ici de cette règle générale de l'hérédité testamentaire, en vertu de laquelle tout héritier, quelque minime que soit sa part, est institué pour le tout au cas où les autres ne profiteraient pas de leur vocation, d'après la maxime : « *Nemo partim testatus...* » Cette nécessité de droit établit en réalité une véritable *conjunctio re* entre les héritiers institués pour des parts différentes.

qu'il n'y aura accroissement qu'au profit des *conjuncti*, à l'exclusion des *disjuncti*. « *Sin vero quidam ex heredibus institutis permixti sunt, et alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati : tunc, si quidem ex conjunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos conjunctos cum suo veniat onere, id est, pro parte hereditatis, quæ ad eos pervenit.* » § 10. Cette décision ne souffre aucune difficulté, en ce qui concerne les *conjuncti re et verbis*, Quartus et Quintus, dans l'exemple général que nous avons choisi [1]. La réserve en faveur du *conjunctus* de cette espèce, d'un droit de préférence quant à l'accroissement, n'est, ainsi que nous l'avons fait observer, qu'une saine déduction de la règle : « *Manere a quibus derelictum est.* » — Mais ne faut-il pas aller plus loin; et quand on considère la manière dont Justinien, à notre gré du reste, entend la *conjunctio*, ne faut-il pas admettre que celui qui est institué conjointement avec un autre, c'est-à-dire dans la même formule, bien que ce soit *æquis ex partibus*, que celui-là aussi est fondé à prétendre qu'il doit recueillir exclusivement la part de son coinstitué? Telle serait, dans notre exemple, la position de Sextus vis-à-vis Septimus, et *vice versa*. On conçoit aisément que cette opinion ait toujours obtenu assez de crédit, parce qu'elle semble s'imposer nécessairement comme une suite du sens dans lequel Justinien prend la *conjunctio* et la *disjunctio*. Cependant, en y regardant de près, on arrive à se convaincre que Justinien n'a eu en vue que les *conjuncti re et verbis*, et que sa pensée ne s'est point portée sur les *conjuncti verbis tantum*. Nous voyons, en effet, que l'empereur, pour justifier sa solution, fait ressortir l'unité de personne qui existe entre les *conjuncti*. « *Hoc ita tam varie, quia conjuncti quidem propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt.* » Il ajoute que le *conjunctus* ne fait que retenir par préférence une part qui est déjà sienne : « *Et partem conjunctorum sibi heredum quasi suam prævccupant.* » Il est évident que cette façon de s'exprimer ne peut s'appliquer à ceux qui sont institués *conjunctim æquis ex partibus*. On ne peut pas dire à leur égard que la part de l'un des institués est celle de l'autre, puisqu'il y a des parts distinctes. La barrière entre les *disjuncti re*, résultant de l'assignation de parts, malgré l'*unitas sermonis*, était bien reconnue par Justinien,

[1] Voir p. 28.

qui a consacré formellement l'ancienne doctrine enseignée par Pomponius, dans la loi 66, *De her. inst.* N'oublions pas que Justinien tenait pour abrogées, dès la compilation des Pandectes, les règles de la *caducorum vindicatio*, ce qui entraînait la nécessité de faire déjà, d'après d'autres principes, la dévolution des parts vacantes. En sanctionnant, par son insertion aux Pandectes, la décision de Pomponius, qui, pour des héritiers institués ensemble *æquis ex partibus*, dénie la *conjunctio re*, et en conclut que l'accroissement ne profitera pas exclusivement au *conjunctus verbis*, l'empereur avait pris parti sur ce point; et il serait tombé en contradiction avec lui-même, s'il avait entendu, par sa constitution *De cad. toll.*, faire prévaloir un autre système. Tout se concilie, au contraire, parfaitement, si l'on admet que Justinien n'a point songé à cette hypothèse, comme l'indiquent assez les termes de la constitution. C'est un cas qui n'a pas été prévu expressément dans cette constitution, et qui devra, par conséquent, se gouverner par le principe général : « *Manere a quibus derelictum est.* »

Enfin, parmi des héritiers appelés à la même part, les uns *disjunctim*, les autres *conjunctim*, c'est l'un des *disjuncti* qui fait défaut, Secundus ou Tertius, dans notre exemple. Justinien décide que la part vacante ne profitera pas exclusivement aux autres *disjuncti*, mais qu'elle se répartira indistinctement entre les *disjuncti* et les *conjuncti*, *pro portione hereditatis*. « *Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquis evanescat : hoc non ad solos disjunctos, sed ad omnes tam conjunctos, quam etiam disjunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perveniat.* » § 10. Cette solution est tout à fait conforme au système que nous avons exposé. Les *conjuncti* forment ensemble une tête tout aussi bien que les *disjuncti;* et dès lors, quand Secundus manque, les droits sont les mêmes quant à Quartus et Quintus que quant à Tertius. Nous ferons seulement observer que Justinien, en parlant de la défaillance d'un *disjunctus*, ne se préoccupe que de ceux qui se trouvent isolés de tous autres dans une formule d'institution, ce qui devait être, puisqu'il fait consister la *disjunctio* dans la diversité des *verba*. Il ne s'est pas expliqué sur l'héritier qui, étant réuni à un autre quant au *sermo*, se trouve en même temps *disjunctus* quant à la *res*, parce que la détermination de parts fait que l'objet de l'institution de chacun

est différent. S'il a oublié ce cas, comme nous le pensons, en réglant les conséquences de la défaillance du *conjunctus*, il est clair qu'il faut en dire autant au point de vue de la défaillance du *disjunctus*. Nous devrons donc encore régler cette hypothèse omise, en conformité du principe dominant : « *Manere a quibus derelictum est.* »

L'interprétation que nous avons donnée à la constitution de Justinien est loin, avons-nous dit, d'être universellement admise. En laissant de côté les anciens commentateurs, égarés en général par la confusion des règles du *jus caduca vindicandi* avec celles du *jus adcrescendi*, on trouve encore chez beaucoup d'auteurs modernes une tendance à traiter avec défaveur la *conjunctio re*, et à donner la prépondérance à la *conjunctio verbis*. C'est une doctrine qui compte aujourd'hui nombre de partisans, que la *conjunctio re*, si elle n'est soutenue de la *conjunctio verbis*, est impuissante à fonder le droit d'accroissement. M. de Vangerow, t. II, § 496, obs. 3, cite comme défenseurs de cette doctrine Thibault, Brann, Rosshirt, Seuffert, etc. La préférence qu'on devrait accorder quant à l'accroissement au *conjunctus verbis*, nonobstant l'assignation de parts, est également une thèse qui ne manque pas d'adhérents parmi les écrivains récents. Cette prérogative lui est accordée, suivant M. de Vangerow, *loc. cit.*, par Baumeister, Hunger, etc. Nous n'entreprendrons point d'attaquer chacune de ces opinions ; la conclusion de notre travail, s'il est exact, doit être de les faire tenir pour erronées. On en trouvera d'ailleurs la réfutation dans l'ouvrage de M. de Vangerow, dont la théorie, si nous l'avons bien comprise, ne s'éloigne pas de celle que nous avons admise. Nous nous contenterons de faire remarquer combien peut devenir puissante une idée qui a fait une fois son chemin à l'aide d'une méprise, et combien elle est difficile à déraciner. La faveur octroyée à la *conjunctio verbis*, sous l'empire des lois caducaires, a passé pendant des siècles pour être l'expression du droit romain en matière d'accroissement. Les auteurs se sont imbus de cette proposition, qui n'était qu'une fausse apparence dans les écrits des jurisconsultes romains. Grâce à ce passe-port mensonger, et, il faut le reconnaître aussi, grâce à la constitution de Justinien, qui paraît faire résider uniquement la *conjunctio*

dans les *verba*, on s'est écarté de la base rationnelle et légitime du droit d'accroissement, la *conjunctio re ;* et ce système inexact a fini par passer dans les articles de notre Code.

Beaucoup d'esprits se sont laissés aller à cette conjecture que la *conjunctio verbis*, mise en honneur par les lois caducaires, et si longtemps favorisée, n'avait pu être abandonnée par Justinien. C'est assurément tenir peu de compte de la réprobation dont l'empereur avait frappé ces lois, qu'il se fait un mérite d'extirper radicalement. Il ne pouvait être dans sa pensée de sauver quelque débris de cette législation, uniquement à cause de son origine. Certes, l'influence donnée à la *conjunctio verbis tantum* n'avait aucun titre qui en raison justifiât son maintien. C'était, au contraire, la *conjunctio re*, sur laquelle les anciens jurisconsultes avaient construit le droit d'accroissement, qui se recommandait logiquement au suffrage du législateur. Cette base véritable de l'accroissement n'a pas échappé à Justinien, qui l'adopte en effet, en prenant pour règle de la dévolution des parts vacantes le principe : « *Manere a quibus derelictum est.* » C'est là, sous une autre forme, l'ancien fondement du droit d'accroissement, qu'on exprimait en disant : « *Totum dari, concursu partes fieri.* » L'accroissement, en définitive, si l'on excepte l'hypothèse où s'applique la maxime : « *Nemo partim testatus...,* » n'a pour but que d'éviter une perte au cohéritier, mais non de lui attribuer plus qu'il ne lui a été laissé ; et on l'a bien caractérisé, quant à son essence, en proposant de le qualifier : *jus non decrescendi.*

Il est un second point, sur lequel Justinien emprunte encore sa décision aux principes du droit d'accroissement, en s'écartant des règles du *jus caduca vindicandi.* Nous avons vu que ce dernier droit constituait une faveur, une récompense, et que par suite son exercice était facultatif, tandis qu'il en était autrement de l'accroissement. La constitution de Justinien reproduit l'ancienne règle et impose, à l'héritier qui a une fois accepté, l'obligation de prendre la part vacante. Peu importe également, quant à la réunion des parts, que l'héritier, après avoir accepté, ait survécu ou non à l'ouverture de l'accroissement. « *Aliis coheredibus... etiam si jam defuncti sunt, acquiratur : et nolentibus ipso jure adcrescat, si suas portiones jam agnoverint.* » § 10.

On se rappelle enfin une autre différence qui existait entre le *jus caduca vindicandi* et le *jus adcrescendi*, au point de vue des charges grevant la part défaillante. La *caducorum vindicatio* emportait obligation de subir ces charges : « *Caduca cum suo onere fiunt.* » Le *jus adcrescendi* repoussait au contraire pour le bénéficiaire de l'accroissement la nécessité de supporter les charges, du moins quand elles pesaient spécialement sur le défaillant. Examinons comment Justinien a opté entre les deux règles, et de quelle manière il a résolu ce que nous appellerons la question des *onera*.

E. MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

(*La fin au prochain numéro.*)

DES PRÉCAIRES ECCLÉSIASTIQUES

DANS LEUR RAPPORT

AVEC LES SOURCES DU DROIT ROMAIN.

Dans les recueils de Formules [1] on rencontre fréquemment, sous la rubrique *Precaria*, l'opération suivante : le propriétaire d'un fonds le donne à une Eglise ; puis, la tradition faite, l'aliénation consommée, le donateur prie le recteur de l'église de lui concéder le même fonds en usufruit (*sub precario*, ou *precario jure et usufructuario ordine*). Ce premier acte, contenant la demande de concession, est la *precaria* ou *carta precaria* proprement dite. L'acte de concession est intitulé : *Præstaria*. Parfois la rubrique *Precaria* est appliquée à l'acte de concession [2]. Ce mot paraît donc avoir été usité pour désigner l'opération tout entière, demande et concession.

I.

En définitive, malgré des précautions de style, la convention dont il s'agit n'est rien autre chose qu'une donation avec réserve d'usufruit. Mais, en général, le donateur du fonds ne veut pas amoindrir le caractère de sa libéralité par une réserve formelle. Après s'être entièrement dépouillé de la propriété, il se met à la discrétion de l'église et reçoit d'elle l'usufruit, à titre de bienfait, *per beneficium*, par une donation rémunératoire et réciproque. C'est à cette considération toute morale que je crois devoir rattacher le soin que mettent les rédacteurs d'actes à séparer le moment de la tradition du fonds et celui de la con-

[1] Voir Marculfe, II, 5 ; —*Appendix*, 27 ; —Bignon, 20 ; — *Formulæ Alsaticæ*, 1 ; — Goldast, 67-76 ; — Sirmond, 7 ; — Lindenbrog, 19. — Dans les *Formules* publiées par M. de Rozière, voir *Strasbourg*, 2-9 ; *Saint-Gall*, 20 ; *Formules wisigothiques*, 36, 37.

[2] Voir notamment nos 2 et 12, et les notes de M. de Rozière sur ces Formules.

cession d'usufruit. Il est vrai cependant que cet usage concorde avec une constitution des empereurs Honorius et Théodose, qui exige formellement la tradition corporelle des choses données, et statue : que la réserve d'usufruit ne pourra tenir lieu de cette tradition ; que si le donateur veut obtenir la jouissance de la chose, ce ne pourra être qu'après la mise en possession du donataire, etc. [1]. Mais cette constitution de l'année 415 avait été abrogée deux ans plus tard par les mêmes empereurs ; la nécessité d'une tradition corporelle avait été supprimée, le droit ancien rétabli : « *Jus pristinum renovamus*, » disent les empereurs, et, en somme, il avait prévalu que dans les donations la rétention d'usufruit valait la tradition : « *Omnimodo idem sit usumfructum retinere quod tradere.* » (L. 9, *De donat.*, Code Théodosien, VIII, 12.) Bien que la constitution de l'année 415 soit restée textuellement insérée au Code Théodosien, je ne puis croire qu'une loi sitôt abrogée suffise à expliquer le style des actes sur ce point.

II.

Outre la concession d'usufruit, les Formules dont il s'agit contiennent encore fréquemment les points suivants :

Le concessionnaire s'oblige à acquitter un cens annuel, sous peine d'amende ou même de résolution de sa tenure ;

Il est stipulé que la jouissance sera continuée par les enfants et descendants du concessionnaire pendant une ou plusieurs générations, même à perpétuité, jusqu'à extinction de toute postérité ;

Dans tous les cas, à l'expiration de la jouissance, toutes les constructions et améliorations faites par le tenancier font retour à l'église, propriétaire du fonds, sans indemnité.

Dans ces clauses, on reconnaît tous les caractères de l'emphytéose.

III.

La concession de jouissance n'est pas toujours accessoire à une donation ; elle est parfois l'objet unique de la convention des parties. Mais alors, s'agissant des biens d'église, la conces-

[1] L. 8, *De donat.* (Code Théodosien, VIII, 12).

sion est nécessairement faite moyennant un cens, car l'église ne peut aliéner ses fonds à titre purement gratuit. L'opération est une amodiation pure et, sauf le nom, une véritable emphytéose. Dans ce cas, comme dans les précédents, l'acte est intitulé : *Precaria.*

IV.

Ces combinaisons ne sont pas les seules auxquelles se prête, d'après les Formules, la convention de précaire. Elle s'adjoint encore à la vente, au gage, au bail de nourriture, etc. [1].

Dans tout cela, nous trouvons le nom d'une convention romaine, et de l'identité du nom s'induit, quant au fond, entre les deux conventions, l'existence d'une certaine relation d'origine. Ce point n'est pas contesté [2]. Mais je crois qu'il n'est pas inutile de rechercher encore dans quelles limites précises se rapprochent et s'éloignent l'une de l'autre les deux conventions dont il s'agit : le précaire du droit romain et le précaire du moyen âge.

V.

Ecartons tout d'abord une question préalable.

J'ai dit que les deux conventions ont un même nom. Pourtant, si l'on suit une décrétale du pape Grégoire IX, de l'année 1235, le nom lui-même aurait varié. *Precarium* serait le mot purement romain ; *precaria, precariæ* seraient les mots consacrés au moyen âge. Les variations du langage auraient suivi les modifications introduites dans le fond même des choses. Tout cela est ainsi résumé dans la glose suivante, attribuée au cardinal d'Ostie :

> *Riæ, ria, rium,* tria sunt quibus est caput unum.
> *Riæ* sunt solitæ post singula lustra renasci ;
> *Ria* fit ad mortem, nec citra vult revocari ;
> *Rium* finitur tunc quando vult suus auctor.

[1] Voir *Strasbourg*, 5-9. M. de Rozière dit, à propos de ces Formules : « Rien ne montre mieux comment un grand nombre de conventions de natures diverses étaient revêtues de la forme usitée pour les précaires. »

[2] Voir notamment M. Laboulaye, *Propriété foncière*, p. 296, note 2 ; — M. Giraud, *Histoire du droit français*, t. Ier, p. 198 et suiv.; — M. Pépin-Lehalleur, *Histoire de l'emphytéose*, p. 176. — Joignez M. Pardessus, *Sur la loi salique*, dissert. 8e, p. 553 ; — M. Laferrière, *Histoire du droit*, t. IV, p. 430 ; — M. Jacobi, sur *Anselminus de Orto*, p. 40.

Mais ces distinctions, introduites par l'esprit scolastique, ne sont pas conformes au langage des Formules. Dans les Formules, comme dans les textes du droit romain, *precarium* est le nom de la convention elle-même[1], *precaria* (c'est-à-dire *carta, epistola precaria*), le nom du titre instrumentaire. S'il arrive que l'un de ces termes soit pris pour l'autre, c'est à cause de la confusion qui s'établit aisément dans la pratique entre un contrat et son instrument. Pour ce qui est de la distinction faite entre *precaria* et *precariæ*, c'est une imagination du glossateur. *Precariæ* dans les sources n'est rien autre chose que le pluriel du mot *precaria*.

L'incident vidé, abordons le fond.

VI.

Si l'on s'en tient aux textes des jurisconsultes romains, la *precarii rogatio* semble, au premier abord, différer radicalement de la convention, le plus ordinairement désignée dans les Formules sous la rubrique *Precaria*.

Ulpien, l. 1, pr., D., *De precario* (XLIII, 26).« Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur. »

Celse, l. 12, pr., *eodem*. « Quum precario aliquid datur, si convenit, ut in Kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. »

Rien n'est plus dissemblable que cette concession vraiment *précaire*, au sens usuel du mot, et, d'autre part, la concession faite d'une manière stable à un tenancier, sa vie durant, parfois même pour toute sa postérité.

VII.

Serons-nous plus avancés en suivant la brillante hypothèse de M. de Savigny sur le rôle des précaires dans l'ancien droit romain?

[1] Voir spécialement Goldast, 75; — *Formules wisigothiques* de M. de Rozière, 36, 37; — *Anselminus de Orto*, et les autres documents cités par Ducange, au mot *Precarium*.

« Le *precarium*, dit M. de Savigny [1], apparaît dans les sources du droit romain comme une véritable énigme. » Et en effet, qu'un homme libre vienne humblement, la prière à la bouche, demander la concession précaire d'un fonds sans aucune fixité dans sa jouissance, sans aucune garantie pour le recouvrement de ses frais de culture, voilà un fait qui ne peut se produire avec un sérieux développement pratique à une époque où les rapports de droit sont nettement précisés et soigneusement définis. Tout s'explique si l'on admet l'opinion du savant jurisconsulte : « Le *precarium* se rapporte à la position du client qui, à l'instar du vassal, demeurait sur la *possessio* du patron. Celui-ci pouvait, à sa volonté, donner congé au client, et l'interdit *de precario* était destiné à le faire sortir lorsqu'il ne voulait pas quitter les lieux. » — « C'était là primitivement, continue M. de Savigny [2], un rapport de dépendance étroite, un rapport de *féodalité*, si l'on peut dire ainsi, entre le patron et son client, à cause de la jouissance que celui-ci avait reçue du premier d'une portion de l'*ager publicus*. De pareils biens se donnaient sous la clause d'une révocation à volonté, et l'interdit *de precario* s'employait contre le client qui ne voulait pas restituer. Or, comme il existait entre le patron et ses clients une sorte de rapport de famille semblable à celui qui liait le père à ses enfants, on n'admettait pas entre ces personnes l'existence d'une *obligatio* proprement dite. » Cette opinion a un caractère de très-haute vraisemblance, et, bien qu'elle ne soit pas entièrement démontrée, elle est admissible à l'état d'hypothèse. Mais en l'admettant, nous n'atteignons pas encore le but de notre recherche, car les précaires romains de cette époque primitive ressembleraient plutôt aux *bénéfices* révocables dont parle le *Livre des fiefs* [3] qu'aux précaires ecclésiastiques dont il s'agit en ce moment. Pour trouver l'origine romaine des précaires du moyen âge, il faut faire un pas de plus.

VIII.

Que « le *precarium* apparaisse dans les sources du droit romain

[1] *Traité du droit de possession*, § 12, *a*, n° 3. J'ai suivi avec de légères modifications la traduction de M. Faivre d'Audelange, p. 203.

[2] *Ibid.*, § 62, p. 528 de la traduction précitée.

[3] *Liber feudorum*, lib. I, tit. 1, § 1.

comme une véritable énigme, » cela est vrai de la convention de précaire, alors qu'elle est pure ; mais cela n'est pas vrai de cette même convention, alors qu'elle est accessoire à un contrat. Ainsi, le précaire joue un rôle important et très-bien expliqué par les jurisconsultes romains, à la suite de la vente, de la *fiducie* et du gage. Il prépare l'introduction de l'hypothèque et de ce que nous appelons aujourd'hui, en France, le privilége du vendeur [1].

Le précaire a-t-il joué un rôle analogue, en se combinant avec le contrat de louage, pour modifier les rapports de bailleur à preneur, tels qu'ils résultent de la nature de ce contrat? Voici à cet égard un texte important :

Ulpien, l. 10, D., *De adquir. possess.* (XLI, 1). « Si quis ante conduxit, postea precario rogavit, videbitur discessisse a conductione; quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur; potius enim hoc procedere videtur quod novissime factum est; et hoc Pomponius ait » — § 1. « Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem prædium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? Est autem longe diversum; aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse... Quod si factum est, utrumque procedit. »

Deux points sont à noter ici : 1° le louage et le précaire pur sont incompatibles ; 2° toutefois, le louage et le précaire peuvent coexister, pourvu que la *precarii rogatio* soit faite par le preneur, non pas « *ut possideat*, » mais bien « *ut sit in possessione.* »

Sur le premier point, l'intérêt de la question est facile à comprendre. Le preneur à bail, ne pouvant obtenir la qualité de *possesseur*, n'est pas recevable à exercer en son nom propre les interdits possessoires. La question, tranchée en ce sens par Pomponius et Ulpien, n'est pas sans analogie avec celle qui avait divisé les jurisconsultes sur la nature des locations perpétuelles. D'après Gaïus (III, 145), il avait prévalu que ce mode de tenure était un pur louage, « *magis placuit locationem conductionemque esse.* » Dans les deux questions, nous constatons la tendance

[1] Voir l. 6, § 4, et l. 20, D., *De precario* (XLIII, 26) ; l. 3, C., *De pactis inter vendit. et empt.* (IV, 54); Gaïus, II, 60. — Le mot *précaire*, aujourd'hui encore à Toulouse, dans le langage de la pratique, signifie le privilége du vendeur. J'ai recherché l'origine historique de cette locution (*Revue critique*, t. IV, 1854, p. 448).

de ces jurisconsultes à maintenir intacte la nature du contrat de louage et la simplicité des rapports qui en découlent.

Sur le second point, l'intérêt de la question est moins facile à préciser, et je ne l'ai pas vu indiqué par les interprètes. En vertu du seul contrat de louage, le preneur a la détention corporelle de la chose. Que lui servait une *precarii rogatio* expresse, pour obtenir quoi? « *non ut possideret, sed ut in possessione esset!* » Pendant la durée du bail, je ne vois pas quel avantage il retire du pacte du précaire, à l'effet d'être *in possessione custodiæ causa*. Après l'expiration du bail, ce pacte sera-t-il plus efficace? Mais c'est encore une déduction du pur contrat de louage que le preneur, resté dans les lieux, est censé avoir reloué. C'est le même Ulpien qui nous dit (l. 13, § 2, *Locati*, XIX, 2) : « *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione... reconduxisse videbitur...; hoc enim ipso quod tacuerunt, consensisse videntur.* » Là pourtant est, à mon avis, la solution du problème. Pour la tacite reconduction, on présume qu'un nouveau consentement est donné et renouvelé à chacune des années qui suivent l'expiration du bail. Au contraire, les rapports nés de la *precarii rogatio* subsistent indéfiniment entre les parties, jusqu'à révocation formelle, et ne sont même pas étrangers à leurs héritiers [1]. Le preneur qui reçoit cette concession de la pure bienveillance du bailleur y puise l'espérance de la prolongation illimitée de sa tenure. On comprend que, dans une location à court terme, de cinq ans par exemple, puisque c'était un délai usuel, une telle assurance ne fût pas sans quelque valeur pour le preneur à bail. Vraisemblablement, la convention dont il s'agit intervenait le plus souvent dans la location des fonds ruraux. L'humble *colon*, qui au temps d'Ulpien n'était pas encore serf de la glèbe [2], obtenait ainsi, à défaut d'une garantie légale pour la durée de sa jouissance, une garantie morale résultant des sentiments de bienveillance, essentiels à la convention de précaire.

[1] Sur les effets de la *precarii rogatio* vis-à-vis des héritiers des parties, voir l. 8, § 1er et § 8; l. 12, § 1er, D., *De precar.* (XLIII, 26); l. 4, D., *Locati* (XIX, 2); l. 11, D. *De divers. et temp. præscr.* (XLIV, 3); Paul, *Sent.*, V, 6, § 12; et la conciliation de ces textes, proposée par M. de Vangerow (3e édition), t. III, § 691, nº 5.

[2] Cf. *Etudes sur l'histoire du colonat romain*, par M. Revillout (*Revue historique*, t. II, p. 461, et t. III, p. 209).

Que l'on adopte ou non mon explication, le texte d'Ulpien subsiste et prouve que, dans une certaine mesure, le précaire pouvait se combiner avec le contrat de louage [1].

IX.

Au siècle suivant, une constitution des empereurs Valentinien et Valens, de l'année 365 (l. 2, C., *De præscr. trig.*, VII, 39), s'exprime en ces termes :

« Male agitur cum dominis prædiorum, si tanta PRECARIO possidentibus prærogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat... Nemo igitur, qui ad possessionem CONDUCTOR accedit, diu alienas res retinendo, jus sibi proprietatis usurpet, ne cogantur domini aut amittere quod LOCAVERUNT, aut CONDUCTORES utiles sibi fortassis excludere, aut annis omnibus super dominio suo publice protestari. »

Dans cette constitution, l'expression de *possesseurs précaires* a le sens général que lui donne la langue moderne ; elle désigne tous ceux qui ne peuvent jamais acquérir par la prescription la propriété de la chose qu'ils détiennent. Pour que le langage du droit soit arrivé à se fixer en ce sens, il faut que, postérieurement à l'époque d'Ulpien, la combinaison du précaire et du louage ait pris une importance plus grande de jour en jour.

X.

Ce développement de la pratique romaine peut s'expliquer ainsi :

Pendant la période dont il s'agit, les principes sur les locations à long terme des fonds municipaux commencèrent d'être étendus aux locations semblables faites par des particuliers. Dans ces circonstances, il est peu vraisemblable que la pratique ait conservé fidèlement la distinction des jurisconsultes entre le précaire « *ut possideret* » et le précaire « *ut in possessione esset.* » Le tenancier, investi à la fois à titre de louage et de précaire, fut admis probablement à exercer en son propre nom les interdits possessoires. Du moment qu'on lui reconnaissait la qualité de *possesseur*, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour lui

[1] Cf. Jul., l. 33, §6, D., *De usurp.* (XLI, 3); Pomp., l. 4, D., *Locati* (XIX, 2).

accorder, le cas échéant, l'*actio utilis in rem*, attribut distinctif de la location des fonds municipaux [1]. La combinaison du précaire et du louage, en témoignant d'un besoin de la pratique, aurait préparé la reconnaissance officielle du contrat d'emphytéose.

XI.

S'il en est ainsi, il est tout simple que dans les Formules rédigées en Gaule vers le septième ou le huitième siècle, les concessions à longs termes soient qualifiées du nom de *précaires*. Le mot *emphytéose*, qui sonne étrangement à des oreilles déshabituées de la langue grecque, ne pouvait être employé par les rédacteurs de ces actes. Et quant à la constitution de l'empereur Zénon [2], qui donne à ce mot une signification légale, elle est postérieure de dix ans à la chute de l'empire d'Occident; elle n'a donc jamais été promulguée dans les Gaules.

C'est plus tard et en Italie, là où ont pénétré les recueils de Justinien, que des Formules du onzième siècle établissent la synonymie des précaires et de l'emphytéose [3].

XII.

Cette explication demeure à l'état de conjecture ; je la produis comme telle.

Pour les esprits exigeants, qui même sous cette réserve lui refuseraient toute créance, j'ajouterai qu'en général, dans les *Formules*, l'expression *precario jure* ou *sub precario* n'est pas employée seule pour caractériser la possession du tenancier ; l'idée est habituellement complétée par ces mots : *usufructuario ordine, sub censu*, ou autres mots analogues. Rigoureusement donc, le mot *précaire* n'a par lui-même qu'une valeur négative : il indique l'impossibilité d'acquérir par prescription la chose concédée. Ainsi entendue, cette nomenclature est identiquement celle de la constitution précitée des empereurs Valentinien et Valens.

1 Cf. l. 1 et l. 3, D., *Si ager vectig.* (VI, 3).

2 L. 1, C., *De jure emphyt.* (IV, 66).

3 Voir les actes des années 1020 et 1022, rapportés par Muratori, *Antiquit. med. ævi*, t. III, dissert. 36. Joignez les autres documents cités par M. Giraud, *Histoire du droit français*, t. Ier, p. 203.

XIII.

Je ne prolongerai pas cette étude. L'histoire des précaires ecclésiastiques a été maintes fois tracée, et tracée de mains de maîtres. On a indiqué les causes qui, à un moment donné, ont attribué à ce contrat une importance particulière ; on a signalé l'effet indirect de ce même contrat sur l'état des personnes et son influence sur l'état social tout entier. Je me suis proposé un but différent. Négligeant dans ce tableau la couleur et la vie, j'ai voulu en saisir la charpente et le dessin, et j'ai analysé les Formules pour y rechercher d'une manière abstraite les rapports de droit des parties contractantes. A ce point de vue, il m'a paru que les contrats divers, qualifiés du nom de *précaires*, rentrent dans les principes du droit romain, si l'on tient compte des différents âges de la jurisprudence et du développement pratique des institutions.

G. DEMANTE,
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

COUTUMES DE GOURDON.

La ville de Gourdon était autrefois une des quatre châtellenies du Quercy; elle faisait partie de la généralité de Montauban et de l'élection de Cahors. Il y eut d'abord un baile à Gourdon, puis un siége particulier de la sénéchaussée de Quercy.

Cette ville donna son nom à une famille illustre et puissante pendant le douzième et le treizième siècle. Bertrand de Gourdon, l'un des membres de cette famille, tua Richard Cœur-de-Lion au siége de Chalus, pour venger la mort de son père et de ses deux frères. Vers la fin du treizième siècle, des dépenses excessives forcèrent les seigneurs de Gourdon à aliéner successivement tous leurs biens. En 1294, Fortanier, seigneur de Gourdon, céda à Guibert de Thémines, chevalier, les droits qu'il avait à Canniac, à Artix et à Cussac, moyennant une rente annuelle de dix livres [1]. En 1312, Bertrand de Gourdon, fils de Fortanier, vendit à Bernard Jourdain de l'Isle les lieux de Gourdonnés, Fraissinet et Sadran [2]. Enfin, le 31 mars 1315, Bertrand et Fortanier, son frère, ne pouvant acquitter la dette de onze mille livres tournois qu'ils avaient contractée envers le seigneur de l'Isle, lui abandonnèrent le château et la baronnie de Gourdon, avec la justice haute et basse, à condition que Bernard Jourdain leur donnât en fief, sur sa propre terre, l'équivalent de la plus-value de leur domaine [3].

Le château de Gourdon passa de la maison de l'Isle au seigneur de Thémines, qui le vendit, en 1379, à Jean II, comte d'Armagnac et de Rodez, pour le prix de quatre mille francs d'or. En 1389, Jean III, comte d'Armagnac, le donna à Raymond Desort [4]. La famille de Thémines rentra plus tard en

[1] Archives du département de Tarn-et-Garonne, *la Saume de l'Isle*, fol. 1210.

[2] *Ibid.*, fol. 1194.

[3] *Ibid.*, fol. 1185.

[4] Archives du département de Tarn-et-Garonne, *Inventaire général des archives du bureau des finances*, fol. 19.

possession de ce château. En 1520, Charles, duc d'Alençon et comte d'Armagnac, fit délivrer au seigneur de Thémines les titres de Gourdon qui se trouvaient aux archives de Rodez [1]. Le maréchal de Thémines était seigneur de Gourdon, sous le règne de Henri IV, et, en 1726, M. de Thémines rendit l'hommage de la baronnie devant le bureau des finances de Montauban [2].

Les coutumes de Gourdon, reconnues en 1243 par les seigneurs Fortanier, Aimery et Guillaume, furent confirmées, en 1268, à la prière des consuls de la ville, par Barthélemy, évêque de Cahors, et par Raoul de Trappes, sénéchal de Quercy, de Limousin et de Périgord [3]. Elles présentent des caractères d'antiquité incontestables.

Il existe, aux archives du département de Tarn-et-Garonne, deux manuscrits de ces coutumes, qui proviennent l'un et l'autre du bureau des finances de Montauban. Le premier, qui date du treizième siècle, forme un petit cahier de dix feuillets en parchemin, intitulé : *Livre de coutumes de la ville de Gourdon;* c'est celui que nous avons suivi. L'autre manuscrit, que nous avons plusieurs fois cité, est un énorme registre in-folio, contenant 1623 feuillets en papier : c'est un cartulaire de la seigneurie de l'Isle-Jourdain, transcrit en 1555 ; il est intitulé : *la Saume de l'Isle*. Les coutumes de Gourdon se trouvent au folio 1177.

Aug. Krœber,
Archiviste du département de Tarn-et-Garonne.

In nomine Patris, et Filii, et Spiritus sancti. Amen.

Ab la tenor d'aquesta carta cofessam e dizem e autreiam a totz aquels que aquesta carta veirau e auvirau, nos, Fortanies, Aymerics, Guilhems, senhor de Gordo, que nos, per honor de

[1] Archives de Tarn-et-Garonne, *Inventaire général*, etc., fol. 20.

[2] Archives du département de Tarn-et-Garonne, *Etat en détail des domaines du roi dans la généralité de Montauban*, fol. 35.

[3] Archives du département de Tarn-et-Garonne, *Livre de coutumes de la ville de Gourdon*, fol. 10, v°.

Dio prumieramen e d'acreichemen e de melhuramen de nos e del cuminal del castel de Gordo, e per franquir de malas condumas e per metre bonas, avem las condumas, que so escrichas en aquesta carta, donadas e messas el castel e en la vila, per aora e per tos temps, que i sio tegudas e gardadas francamen e leialmen per aquels que i so e per aquels que so avenir, salva entegramen e reteguda nostra senhoria.

QUE NULHS HOM PRES NI ARRESTATZ NO I SIA SES PREZENTA PER FAR DREG.

Conduma es de Gordo que nulhs hom ni nulha femna pres ni arrestatz no i sia ni sas cauzas amparadas ses prezenta per far dreg, e l'afia ades als senhors o als viguies, s'el fag fag no avia per que fos tegutz de corporal justizia.

DE DERRAIRANA VOLUNTAT.

Conduma es de Gordo que la derrairana voluntatz del testador o d'aquel que establis sa derrairana voluntat, sia testamens o sia codicilles o sia derrairana voluntatz, moren o viven, sia teguda e gardada, se dregs escrigs encontra no venia.

QUI FER AUTRE DE MA O DE PE O L'EMPENH IRATZ.

Conduma es de Gordo que se. I. hom o una femna fer .I. autre de ma o de pe o l'empenh iratz, se dins. X. dias lo feritz o l'empenhs clamatz no s'es als viguies, lo ferires deu dar .V. sols als senhors per pena. E se s'clama dins .X. dias, lhi senhor no prendo mas cum se solo, e passatz los .X. dias pot se clamar lo feritz o l'empenhs cum davan. E sel feritz o l'empenhs se torna de la maniera que a estat feritz o empenhs en ades en aquel loc meis, non es tegutz de pena ni de justizia.

QUI GETA PEIRA O BASTO IRATZ CONTRA HOME.

Conduma es de Gordo que se hom ni femna geta peira a autre ni a autra iratz e no n'fer, dona .V. sols als senhors per pena, e se n'fer e no i a sanc ni os frag, dona .X. sols als senhors per pena, sel feritz no s'clama als viguies dins .X. dias, e sel feritz se clama dins .X. dias, lhi senhor no prendo mas cum se solo, el feritz pot se clamar apres los .X. dias cum davan .E es de colp de basto cum es sobredig de la peira, e se i a sanc, dona .C. sols, et so lhi .LX. sol de justizia coma solo, elh .XL. sols so als senhors per pena.

QUI TRA COTEL.

Conduma es de Gordo que qui tra cotel contra home, iratz,

ni contra femna, dona .L. sols als senhors per pena, e se n'fer, dona .C. sols, elh .LX. sols so coma solo de justizia, elh .XL. sols so als senhors per pena, se i a sanc ; e se n'fer e no i a sanc, so tug lhi .C. sols als senhors per pena ; e se no pot pagar los .C. sols del colp, deu perdre la ma, et se aquel contra cui er trags lo cotels ne tra se defenden e no n'fer, non es tegutz a senhor ni a home ni a vela ; et se .I. hom estranhs tra cotel iratz contra autre en esta vila, ni gitava peira que n'feris, pot l'om retener, si se n' fugia, mort o viou, quel reteneires non es tegutz a senhor ni a home ni a vila ; e se nulhs hom lo deffendia per que s'escapes, deu donar .D. sols als senhors per pena, e se dar no los podia, es encorregutz lo cors e l'avers e la terra als senhors.

QUI IEIH ARMATZ EN CARRIERA.

Conduma es de Gordo que totz hom que ieih armatz en carriera a peleia, se per comandamen dels senhors o d'aquels que so establit pel cumenal profieg de la vila gardar, non o fa, perga las armas que portara el cors, done .XX. sols per pena als senhors.

QUI TE TERRA.

Conduma es de Gordo entrels habitans de la vela que se .I. te terra d'autre, sia maios, sia ortz, sia vinha, o cals que autra terra sia, no lh'en deu dar quista ni talhada, mas totas sas autras drechuras lhi deu far e redre francamen, et se lh'en deu ces, deu lo lh' aportar al dia que lo lh' deu ses querre, e se non o fazia, lendema la dobla, e de lendema a enla, se si pecca lo senhes o sos messatges, a cada dia que si peccara, .XII. denies per pena al senhor del fious. Aicho meih es dig de tot habitador d'esta vila, se te terra ni ort ni vinha ni maio d'ome estranh dins meia lega de Gordo.

QUI DEU CES A HOME DE FORA.

Conduma es de Gordo que se homs de Gordo habitans a Gordo deu ces a home que esti de fora, no lh' es tegutz de portar so ces fors de Gordo.

DE TALA.

Conduma es de Gordo que tota tala e totz mals fags que hom ni femna fassa arrescost, sia de nogs, sia de dias, que no torne a profieg a aquel quel fara, deu emendar lo cumenals a totz aquels que fau la cumenalha del castel, e facha la emenda,

se pot esser saubut qui o a fag, lhi senhor devo dels bes d'aquel que o a fag la emenda redre al cumenal, el sobreplus dels bes d'aquel que o a fag es en encorremen el cors.

QUI FA MURTRE.

Conduma es de Gordo que totz hom o tota femna que fa murtre ni auci autre ab glai ni ab vere, sals los cas en que nostras condumas ni dregs autorguo mort, deu esse sebelhitz lo vious sotz lo mort, e las soas cauzas so encorregudas.

QUI PANA .XX. SOLS.

Conduma es de Gordo que totz hom o tota femna que pana .XX. sols ol pretz o d'aqui en aval, dona .X. sols als senhors per pena e adoba la mala facha, se pot ; se que no, leva l'om el espitlori, e qui l' troba senhat es forjuratz de Gordo ; e aicho es dig d'aquels que pano fors maio.

DE FALS TESTIMONI.

Conduma es de Gordo que a fals testimoni passe hom .I. grafi per la lenga, e en aichi ab lo grafi corra l'om per la vila de dias, e do .C. sols als senhors per pena, e aquel que tra aital testimoni, se sap que aitals sia, pert lo dreg que avia en la demanda que fa, e es encorregutz als senhors per .CCC. sols.

QUI ES PRES AB MOLHERADA.

Conduma es de Gordo que totz hom pres ab molherada deu esser corregutz nutz en bragas e la femna en sa camia, e l'oms do .C. sols als senhors per pena.

QUI PELEIA FEMNA.

Conduma es de Gordo que qui peleia femna maridada es encorregutz als senhors. E qui peleia femna piocela deu la penre a molher, se cove l'us a l'autre, o lh' do marit al covinen de la femna ; et se far non o podia, perga los colhs, e se la pren o la marida, dona .C. sols als senhors per pena. E qui peleia autra femna deu dar .C. sols als senhors per pena, sals lo dreg de la femna ; e se l'oms no podia dar los .C. sols e far dreg a la femna, perga los colhs. E se l'oms barrejaires gandia a las sobredichas justizias, es encorregutz e totas sas cauzas als senhors, sals lo dreg de la femna.

QUI S'CREBA EN MAIO PER PANAR.

Conduma es de Gordo que se homs ni femna se creba en mayo ni en obrador de nogs o de dias per panar, sia encorregutz.

QUI GETA PEIRA EN MAIO.

Conduma es de Gordo que qui geta peira de nogs en maio deu dar .L. sols als senhors per pena, e se los .L. sols dar no podia, deu perdre lo punh.

DE BOT.

Conduma es de Gordo que selh .IIII. prohome fau bot en que pauzo pena contra aquel que l'efrangera de .V. sols en aval, aquela pena es al cumenal profeg de la vila, e lhi .IIII. prohome levon o pel cumenal.

DEL SAGEL CUMENAL.

Conduma es de Gordo quel sagels del cumenal de Gordo a autoritat coma sagels de publica persona.

DE FAG ON FALH CONDUMA.

Conduma es de Gordo que el fag on falh conduma, corra hom al dreg.

QUI DESVIA MESSATGE.

Conduma es de Gordo que totz hom que desvia messatge de nogs ni de dias ni lh' tolra re, deu dar .X. sols als senhors per pena e adobar la anta e la mala facha al messatge e al senhor ab cui estara.

DE FALS PES E DE FALSA MEZURA.

Conduma es de Gordo que totz hom que tenha fals pes ni falsa mezura deu .VII. sols de justizia als senhors et als viguies.

QUI ESCARNIRA LA CRIDA.

Conduma es de Gordo que qui escarnira la crida, can cridara, do .V. sols als senhors per pena.

QUI VEN SA TERRA A AUTRE.

Conduma es de Gordo que se homs o femna ven sa terra a autre, lo vendeires ne deu far vestir lo comprador al senhor de cui la terra muo, salva la senhoria del senhor ; mas sel senhes de cui la terra muo la vol retener pel pretz quel vendeires ne pot aver, pot o far dins .XV. dias que hom lh'aura quista la vestizo, se parens del vendedor per torn no la demanda, car lo parens per la conduma de Gordo la pot aver davan lo senhor. E se s'endevenia quel senhes no n' volgues vestir lo comprador o retener a sos ops, aichi cum es sobredig, sia ferma la venda al cumprador, passatz los .XV. dias desus digs, mas ser peccatz

al senhor, salva entegramen la drechura del senhor. El tornies, cant demandara la terra per torn, deu jurar sobre sants que per tener e per retener a sos obs e no per autru ni per als no la vol cobrar ni aver, e se aquest sagramen no fazia, no la deu ges aver.

De torn de terra venduda.

Conduma es de Gordo quel plus propdas parens de filh e fora qu'es hereties a torn en terra venduda dins .VIII. dias que sabra la venda, se es a una jornada de Gordo, ab que reda ades lo pretz d'aquo que costa al comprador, que dels .VIII. dias a enla no i a drechura. E se es outra una jornada de Gordo, a torn .I. an, e se ve dins l'an, a .VIII. dias coma l'autre.

Qui dona maio en orde.

Conduma es de Gordo que se negus hom ni neguna femna donava maio ni ort ni vinha ni autra heretat a glieia ni a temple ni a hospital ni en negu loc de religio, que aquel do aia vendut dins .I. an e .I. dia e redut feuzier o tenedor al senhor de cui muo a bona fe.

Se maios ni ortz encorria als senhors.

Conduma es de Gordo que se neguna terra, maios ni ortz ni vinha ni autre heret, per encorremen ni per do ni per als, venia als senhors, o devo aver vendut o s'en devo esser desichit dins .I. an et .I. dia e redre feuzier al senhor de cui muo a bona fe.

Qui aduzera re a Gordo per salvetat.

Conduma es de Gordo que tot cant hom estranhs ni femna aportara ni aduzera a Gordo que que sia per salvetat, sia sals e quitis de totz homes, de sos deudes, e fora se los devia a Gordo, se tout o panat non o avia ol forfag a Gordo no fazia per quel cors e l'avers segon las condumas de Gordo fos encorregutz.

Qui ve al mercat del diguos.

Conduma es de Gordo que totz hom que venha al mercat del diguos sia guidatz dal dimecres mati entro al divendres a la nog, el e las soas cauzas e aquo que amenara ni aduzera, de nostre poder, se per so propri forfag non era.

Que pot hom penhurar per so deude.

Conduma es de Gordo que pot hom penhurar home per so deude, e per la penhura que aquel ne fara no pert so dreg.

QUI VÉ A GORDO PER ESTAR.

Conduma es de Gordo que se hom de fora ve a Gordo per estar, es franxs .I. an e .I. dia.

QUE NULHS HOM NO I A GUIT.

Conduma es de Gordo que nulhs hom no i a guit senes voluntat d'aquel cui al tort, mas sel senhes i adutz homes estranhs de fors de sa terra, se aquel estranhs non a home mort de Gordo o no l' te pres, lo senhes li pot guidar tro acunhtatz ne fos per aquel cui al tort.

DE FAG RESCOST O ESCONDIG.

Conduma es de Gordo que de tot fag rescost o escondig on aio obs testimoni, devo far enquesta per sagramen lhi viguier ab los .IIII. prohomes e ab los .II. sirvens establitz ab los .IIII. prohomes, dins .III. dias quel fags o l'escondigs er auvitz ; e se lhi .I. i gandio, lhi autre au poder de far la enquesta, e en aquest fag devom d'estrenge testimonis de dire vertat.

QUE HOM NO COMPRE CAUZA PANADA.

Conduma es de Gordo que nulhs hom ni nulha femna de Gordo sabens no compre rauba ni prea ni cauza panada en esta vila ni de foras, e se o fa, es tegutz de redre tot quiti a aquel cui hom o a tout o panat, se empero non era de guerra dels senhors o de la vila, e aitant cant aura comprat do per pena als senhors ; e se no sabia lo compraires que fos tout ni raubat ni panat, fassa dreg al demandador.

QUI S'TORNA SO CORS DEFENDEN.

Conduma es de Gordo que qui s'torna so cors deffenden sus el fag de la maniera en que a estat feritz o encausatz o empenhs, non es tegutz de justizia als senhors ni als viguies ni a vila.

DELS .IIII. PROHOMES.

Conduma es de Gordo que per .IIII. prohomes cumenals juratz lo cumenal profieg de la vila e dels senhors establitz per tos temps, ab .II. sirvens dels senhors juratz cum lhi .IIII. prohome, se governe lo cumenals de la vila, enaichi que lhi .IIII. prohome se camgo d'an en an, e can n'ichirau aquelh .IIII. prohome, cauzisco ne autres .IIII. prohomes cumenals de Gordo, pel sagramen que au fag que tenho lo luec que elh meih au tegut, elh .IIII. prohome elh. II. sirven jurat coma elh au aital poder que aquo que lor semblara o a la maior partida de lor, ab que en aquesta maior partida sio lhi . II. sirven o l' .I.,

que sia al cumenal profieg de la vila sia fag e tegut, cant elh o dizerau, pels senhors e pel cumenal, salva entegramen la senhoria e la drechura dels senhors e dels viguies. E se cauza era per alcuna aventura que, can lhi prohome se camgarau, lhi senhor no ero, e la terra o no avio, los .II. sirvens aparelhatz e cauzitz per metre ab los .IIII. prohomes, aichi cum es sobredig, lhi .IIII. prohome no s'laicho ges per aquo a camgar, ni s'tavio ges de far aquo per que so establit, e valha e sia tegut so que farau ni dirau aichamen cum se tug .VI. i ero, entro quelh sirven sio vengut e ajustat ab lor per sagramen, pel dig dels senhors, aichi cum sobredig es. El sagramen quelh .IIII. prohome fau, devo far en la ma dels senhors, selh senhor i so cant lhi prohome intro en aquest fag ; e selh senhor no i ero, devo l'lor far cant lhi senhor i serau ni l' volrau, selh prohome so en la vela.

La forma del sagramen.

La forma del sagramen quelh prohome devo far cant intro el sobredig afar es aitals, prezens e tocatz los sants avangelis : *Per aquetz sants avangelis, nos gardarem e defendrem a bona fe e fielmen la senhoria els senhors e la vila el cumenal de Gordo.*

Lo sagramen quel senhor prendo.

Conduma es de Gordo que, can lhi senhor penrau sagramen dels .IIII. prohomes, aichi cum sobredig es, lhi senhor meih lor devo far sagramen, tocatz corporalmen los sants avangelis, en aital forma : *Per aquetz sants avangelis, nos nos portarem vas vos coma leial senhor els fags del cumenal de la vela, que vos per nos e per la vila avetz recubutz sobre vos, per gardar e per defendre e per acocelhar leialmen, aichi coma es sobredig.*

Qui desdizia a las condumas.

Conduma es de Gordo que se negus dels habitadors de Gordo desdizia ni contrastava a las condumas, que per melhuramen del castel au lhi senhor al cumenal donadas, aichi com so sobrescrichas en aquesta prezen carta, non es amix dels senhors ni de la vela, nil cumenals no l' deffendria, ans es fora de cumenalha, car el meih se n' geta, coma dezobediens als senhors e al cumenal de la vila.

Dels cauzitz pels .IIII. prohomes.

Conduma es de Gordo que negus dels cauzitz o dels elescutz

pels .IIII. prohomes, can se n' ichirau, no i posca desdire, e si cauza es que si desdiga, sia, pars aquel an, ab .C. sols que do al cumenal.

La dada.

Dadas foro a Gordo, l'an de la encarnatio de Nostre Senhor .M.CC.XL.III.

BIBLIOGRAPHIE.

Les Parlements de France, essai historique sur leurs usages, leur organisation et leur autorité ; par le vicomte DE BASTARD-D'ESTANG, conseiller à la Cour impériale de Paris.—1858, Paris, Didier, 2 vol. in-8°; prix, 16 fr.

La constitution intime des Parlements et leurs usages, plus ignorés que leur histoire politique, offrent cependant un sujet d'études non moins intéressant. M. le vicomte de Bastard s'est particulièrement appliqué à coordonner tout ce qu'il a pu apprendre des principes qui dirigeaient ces compagnies dans leur conduite publique et dans les mille incidents de leur vie journalière. Il a recueilli de la bouche des derniers survivants les traditions qui n'ont laissé de trace que dans la mémoire des magistrats échappés au grand naufrage du siècle dernier. Son livre renferme une foule de documents curieux que l'on chercherait vainement ailleurs, ou qui ne se trouvent nulle part réunis pour former un tout complet. C'est souvent dans les souvenirs mêmes de sa famille, dans des correspondances privées et dans des conversations qu'il a puisé ; aussi des chapitres qui, sous la plume d'un autre, n'auraient qu'un intérêt didactique, ont dans ce livre quelque chose de vivant, grâce au sentiment religieux avec lequel ils ont été écrits.

Cette publication, enfin, ne manque pas d'à-propos : on est volontiers disposé à rendre justice à l'héroïsme et aux vertus civiques des plus nobles représentants de l'ancienne magistrature ; mais lorsqu'on jette un coup d'œil superficiel sur ses anciens usages, les longues et minutieuses formalités qui accompagnaient les décisions du Parlement, ses susceptibilités, son obstination à défendre des priviléges en apparence insignifiants, éveillent le sourire sur nos lèvres. Le duc de Saint-Simon, par exemple, n'a pas assez de sarcasmes pour railler l'artifice au moyen duquel les premiers présidents s'efforçaient de marquer le rang des présidents à mortier au-dessus des ducs et pairs. Au fond, chacun des priviléges revendiqués par les compagnies judiciaires était une arme pour se défendre contre la surprise et contre la précipitation des enregistrements. Mieux elles réussissaient à se donner ainsi qu'aux autres une confiance absolue dans

leurs droits, plus le pouvoir devait apporter de ménagements dans ses rapports avec elles, et plus il était difficile de les discréditer ou de se passer de leur intervention. M. de Marnas [1], dans cette brillante revue qu'il a tracée des belles prérogatives de la grand'chambre du Parlement de Paris, a donné une nouvelle vie à des souvenirs qui, au dix-septième et au dix-huitième siècle, étaient gravés dans le cœur de tous les magistrats. On n'entrait qu'avec une émotion profonde dans cette enceinte où se tenait le conseil nécessaire de la royauté, où la justice souveraine faisait courber la tête aux plus puissants. C'est là que Charles le Mauvais avait confessé, à genoux, l'assassinat du connétable Charles de Castille; que Sigismond, roi de Hongrie, s'était assis à côté des magistrats pour prendre part à leurs jugements; c'est là que, dans une assemblée de princes, d'évêques et de seigneurs, François Ier avait affecté de venir rendre compte des clauses du traité de Madrid, offrant de retourner prisonnier en Espagne, si le Parlement en refusait l'enregistrement.

Les priviléges de la grand'chambre donnèrent lieu à de sérieuses et interminables contestations ; au fond, le prestige qu'elle revendiquait pour elle était la sauvegarde de la compagnie tout entière. Pendant la Fronde, en même temps que la première chambre assurait le maintien de ses droits contre les efforts de la Cour, elle résistait, à travers mille difficultés, à la *cohue*, à l'*escopetterie* des enquêtes ameutées par le coadjuteur et ses amis. Les prétentions turbulentes des Chambres venaient se briser contre l'inflexibilité de ces anciens magistrats qui formaient la tradition vivante du *sénat*.

D'un autre côté, quelque grande que fût l'influence des chefs du Parlement, grâce à leurs alliances et à leur crédit, ils étaient les premières victimes des susceptibilités de leur compagnie. S'ils laissaient planer le moindre soupçon sur leur indépendance, ils perdaient toute considération dans l'esprit de leurs collègues, dont les rancunes ombrageuses ne savaient point pardonner. Le sort de François de Bastard, premier président du Parlement de Toulouse, dont l'auteur du livre que nous analysons s'est

[1] Discours prononcé par M. de Marnas, premier avocat général à la Cour de cassation, à l'audience de rentrée du 3 novembre 1857, p. 18 et suiv.

fait l'historien, présente un exemple mémorable de ces altercations entre une compagnie et son chef.

Avant de faire partie du Parlement de Toulouse, François de Bastard avait accepté une charge de maître des requêtes, et lorsqu'il fut nommé premier président (1762), il apporta dans cette charge un esprit plutôt dévoué aux intérêts de la prérogative royale que disposé à se faire le champion des prétentions de la magistrature parlementaire. Ce fut ce qui le perdit. Investi d'une fonction à laquelle avaient aspiré plusieurs présidents à mortier, il débuta par se mettre en hostilité avec eux en prenant la défense de la compagnie de Jésus. Puis, lorsque, en 1763, il reçut la mission difficile de concerter avec le duc de Fitzjames les moyens d'obtenir la publication des édits de finance, il perdit la direction des délibérations du Parlement. Il serait superflu de discuter le mérite relatif des conseils qu'il donnait au gouverneur, ou des mesures prises par celui-ci pour assurer la transcription matérielle des édits sur les registres et envoyer les magistrats en vacances; cette tâche était absolument impossible, dans l'état de fermentation où étaient les esprits. Mais il est curieux d'étudier avec quelle habileté le Parlement tira parti de ses usages et de sa constitution pour lutter avec avantage contre les deux mandataires du pouvoir.

Comme le premier président avait reçu du ministère des instructions personnelles qui lui prescrivaient d'arrêter les discussions touchant l'enregistrement, les Chambres le prirent au mot et décidèrent qu'il devrait s'abstenir de toute participation aux délibérations, du moment où il avait reçu l'ordre de s'y opposer : puis, le président d'Aspe ayant pris la direction de cette affaire, la transcription des édits fut déclarée illégale. A partir de cet arrêté, la question ne fit plus un pas, nonobstant la séquestration des magistrats dans leurs demeures : il leur suffisait d'avoir pu se réunir une fois et rendu un arrêt de protestation, revêtu des formes apparentes [1].

[1] L'*Histoire du Parlement de Bourgogne*, de M. de La Cuisine, renferme un exemple analogue d'une dissidence entre un Parlement et son chef, qui fut en quelque sorte frappé de déchéance pour avoir signé un arrêt de publication sans qu'il eût été rendu.

Le premier président de Berbiseg, l'un des hommes les plus bienfaisants de la province, eut le chagrin de voir Bouhier, simple président à mor-

Trois mois plus tard, lorsque le Parlement eut recouvré assez de liberté pour reprendre ses délibérations, le premier président en fut écarté : on ouvrit une enquête humiliante sur sa conduite ; cette procédure, connue sous le nom de *mercuriale*, suivit son cours, nonobstant la prohibition des ordonnances, et aboutit à un blâme sévère de ses actes. On lui reprochait, non-seulement de ne pas avoir pris la défense de la compagnie, mais encore d'avoir conseillé au duc de Fitzjames les voies de fait et le traitement rigoureux que le Parlement avait subis. Vainement il prouva qu'il n'avait connu les ordres du gouvernement que par leur exécution ; il entendit tomber de la bouche du président Niquet cette terrible admonestation : « Monsieur, la Cour a été blessée du peu de zèle que vous avez témoigné pour le maintien de son autorité et de la liberté de ses délibérations, ainsi que de l'opposition que vous avez montrée aux maximes qui ont dirigé sa conduite et qui sont entièrement liées à la constitution de l'Etat. Elle espère qu'à l'avenir vous vous rendrez digne de sa confiance par votre attachement aux principes qui caractérisent le vrai magistrat. »

Depuis lors, tous les efforts de M. de Bastard pour reprendre son rang à la tête du Parlement furent inutiles. Des arrêtés furent pris pendant quatre années successives afin de l'exclure de toute collaboration, et en 1768 il fut contraint de se démettre de ses fonctions. Ainsi, ni les prescriptions des ordonnances, ni la faveur de la Cour, ni l'incontestable habileté de François de Bastard ne purent le soustraire à ces représailles.

Le rôle d'un premier président, placé entre les ordres du pouvoir central et les intérêts de sa compagnie, était, comme on le voit, extrêmement périlleux. Molé, dont la conduite fut toujours si droite, ne fut pas à l'abri des soupçons d'Omer Talon, dont la loyauté est également incontestable. Dans cette situation, le moindre acte de faiblesse était taxé de duplicité. Une fonction qui obligeait celui qui en était investi à rendre compte au souverain des décisions de sa compagnie, l'exposait souvent au reproche de trahir le secret des délibérations. M. de Bastard a insisté avec raison sur cette partie essentielle des devoirs du chef

[ier, assembler les Chambres sur son refus et en diriger les délibérations. Abreuvé de dégoûts, il fut obligé de résigner sa charge, après trente ans de magistrature.

du Parlement : « Le roi, chef suprême et premier magistrat du royaume, ne pouvait être absent des délibérations judiciaires ; il était toujours censé y assister ; à ce titre, il devait toujours être instruit de ce qui se passait de contraire à son service. »

C'est pour avoir ainsi compris ses devoirs que le célèbre Duranti fut en butte à la haine des ligueurs : on lui reprochait, dans les temps de trouble, d'informer la Cour de ce qui se passait dans la compagnie, « car les factieux accusent toujours ceux qui veillent de dévoiler leurs complots, pour lesquels ils veulent des complices et non des juges. »

Dans une circonstance décisive, plutôt que de se séparer de son Parlement, on vit un premier président céder aux entraînements les plus fâcheux de l'esprit de corps, et oublier ses propres engagements. M. de La Cuisine a consacré à cet épisode quelques-unes des pages les plus intéressantes de son *Histoire du Parlement de Bourgogne*. Le roi Louis XIV avait tenu à Dijon un lit de justice où plusieurs édits avaient été publiés et enregistrés : le lendemain, le greffier, sur l'ordre écrit du chancelier, et après en avoir prévenu le premier président Brulart, lui avait délivré copie des édits, revêtus de la mention de l'enregistrement. Ces précautions étaient plus que suffisantes pour couvrir une légère irrégularité, consistant à délivrer une copie de ces actes avant qu'ils eussent été matériellement transcrits sur les registres. Jamais cause plus futile ne donna lieu à une tempête plus formidable. Le Parlement s'en prit au greffier, lui fit son procès comme faussaire, et lorsque ce malheureux fit appel aux souvenirs du premier président, dont il avait obtenu l'assentiment au moins tacite, il n'en reçut qu'un démenti. « Il est vrai, s'écria-t-il en jurant le nom de Dieu, vous me l'avez commandé ; je n'aurais pas délivré extrait des édits sans votre ordre ; ma vie dépend de cette vérité, vous voulez me perdre et je me défends. »

On ne tint aucun compte de ses protestations, non plus que des efforts de Brulart pour que la réparation de ses griefs personnels fût écartée de l'affaire principale. Les parents du premier président s'obstinèrent à rester juges, nonobstant une décision qui les excluait de la cause. On refusa de recevoir un conseiller d'Etat chargé par le chancelier d'enjoindre au Parlement de surseoir : le greffier fut condamné à une amende

de 10,000 livres, à se démettre de sa charge et à faire amende honorable.

Nous croyons qu'il serait difficile de trouver dans les annales parlementaires un exemple où la mauvaise foi se trahît avec moins de réserve : la réparation fut éclatante. Le greffier fut réintégré dans sa charge et le Parlement resta interdit pendant six mois ; plusieurs magistrats furent exilés, et Brulart envoyé à Perpignan. Cette tache dans sa vie fut effacée par des actes nombreux où brilla la noblesse de son caractère. Mandé devant le roi pour y rendre compte de sa conduite, au lieu de demander grâce à genoux, il trouva, dit-on, ces paroles où respire une noble fierté : « Sire, je ne m'agenouille que devant Dieu, mon maître et le vôtre. » L'année suivante, le prince de Condé, chargé d'obtenir son assentiment pour l'enregistrement de certains édits, n'en obtint que cette réponse : « Monseigneur, je vois d'ici les tours de Perpignan ! »

Pour acquérir et conserver à la fois du crédit à la Cour et dans sa compagnie, le premier président devait réunir à la dignité du caractère, qui ne laisse pas de place au soupçon de duplicité, une fortune assez indépendante et des alliances assez puissantes pour braver des rancunes et des persécutions mesquines. « Un premier président habile, qui est estimé de son corps, dit l'avocat Barbier, est un homme à craindre pour le ministre : il peut, en refusant d'entrer dans les vues du ministère, rejeter tout ce qu'il ferait faire lui-même sur sa compagnie, en disant qu'il n'est pas le maître, et il faut le gagner pour l'engager à gagner lui-même sa compagnie. La résistance étant générale, on ne punit pas deux cent cinquante personnes, qui tiennent des places dans la société, comme on en punit une seule. » (T. III, p. 62, édit. in-12.)

Ces maximes étaient plutôt faites pour former un politique habile que pour tremper les caractères : mais le dix-huitième siècle n'était pas l'âge d'or. Barbier, dans son Journal, nous initie plus d'une fois à certaines querelles intestines du Parlement de Paris, en homme qui a peu de préjugés. Le premier président Le Peletier réclamait pour lui seul le droit d'assembler les Chambres, privilége que revendiquait la compagnie elle-même.

Ce magistrat, « ...fort poli, fort honnête homme, avait été

élevé dans sa place par les vœux du public et de tout le palais, avant d'être nommé par le roi. Et dans un moment, le voilà méprisé de sa compagnie, dont il ne rattrapera jamais la confiance. » Il témoignait beaucoup de crainte des menaces de la Cour, qu'il consultait trop souvent; aussi, un jour qu'il voulait rompre l'assemblée des Chambres, quelques jeunes conseillers s'échappèrent jusqu'à dire : « Messieurs, la troupe du sieur Le Peletier ne représentera pas aujourd'hui, parce qu'elle va en Cour[1]. » (Février 1737.)

Ces rapports avec le ministère étaient devenus d'autant plus nécessaires que le Parlement avait perdu le droit de remontrances. Il était indispensable de prévenir les résistances, ou tout au moins des altercations fâcheuses, dans le sein de la magistrature. Malheureusement, on ne se bornait pas à sonder les esprits ; on cherchait à s'assurer des consciences, et l'argent au besoin les rendait plus dociles. Colbert écrivait à Louis XIV, en lui rendant compte de l'enregistrement de deux édits pour l'aliénation des domaines : « ...Je ne sais si Votre Majesté estimerait du bien de son service de donner quelque gratification, comme appointements du conseil, aux rapporteurs de ces édits et à quelques-uns des plus anciens conseillers, et à ceux qui ont le mieux servi. Peut-être que douze ou quinze mille livres distribuées ainsi feraient un bon effet pour les autres affaires qui pourront se présenter à l'avenir. » (5 mai 1672; *Œuvres de Louis XIV*, t. V, p. 495.) Le roi approuve, mais en souverain prudent il ajoute : « Prenez seulement garde que cela ne tire à conséquence pour les suites. »

Pour l'année 1763, nous avons le témoignage du premier président du Parlement de Flandre, qui rend compte au contrôleur général des moyens à l'aide desquels l'enregistrement de l'édit de prorogation des vingtièmes a été obtenu. Dans sa lettre

[1] Que l'on rapproche de ce propos le mot (singulièrement comique aussi, à force de gravité) que le *Menagiana* attribue au premier président Molé, et l'on jugera de la différence des temps : « M. de Saintot, père de celui d'aujourd'hui, étant un jour avec M. Molé, et s'entretenant avec lui de quelque fait dont ils ne convenaient ni l'un ni l'autre, il échappa à M. de Saintot de dire à M. Molé : « Monsieur, voulez-vous parier? » Aussitôt M. le premier président, quittant la familiarité de la conversation et prenant la gravité du magistrat, lui dit : « Saintot, la Cour ne parie point. » (T. II, 3e édit., p. 286.)

du 16 septembre, publiée par M. de Bastard (t. II, p. 260), nous lisons : « Je vous prie, monsieur, de vous souvenir qu'en 1761 l'on a fait espérer à la compagnie que ceux de ses membres ou de leurs enfants qui seraient susceptibles de grâces ecclésiastiques en seraient gratifiés sur les abbayes du pays, jusqu'à concurrence de 4,000 livres. Il en a été accordé 1,900 livres, savoir... Ces petites choses décident de la considération du chef et de l'attachement des compagnies... »

Barbier accuse sans scrupule le premier président de Mesmes d'avoir accepté de l'argent en 1719 : « Sa politique a été de faire peur au régent, de s'unir à lui sous main, de faire faire à sa compagnie ce qui convenait au régent et de tirer beaucoup d'argent. » Quant au premier président Portail, en 1731, dit le même journal, il sollicitait depuis quatre ans la pension de 20,000 livres et ne pouvait l'obtenir. De son côté, l'auteur de la vie privée de Louis XV nous apprend ce qui se passa en 1764. Le contrôleur général de Laverdy désirait faire passer l'édit de conversion des rentes en contrats remboursables par la voie du sort : on prétendit que le grand banc fût remboursé sur-le-champ, ce qui facilita beaucoup l'enregistrement (t. IV, p. 118).

Il est temps de détourner les yeux de ce triste spectacle et de chercher dans l'histoire du Parlement de Toulouse, que M. de Bastard s'est particulièrement attaché à retracer, des sujets d'étude moins affligeants. Aussi bien, nous voudrions éviter le reproche si nettement exprimé par Térence :

> Tu id quod boni est excerpis ; dicis quod mali est.
> (*Phormio*, v. 133.)

Lorsqu'on arrive à la dernière phase de la lutte que soutint ce Parlement contre le duc de Fitzjames, on est généralement peu disposé à regarder comme un danger sérieux pour le gouverneur le décret de prise de corps lancé contre lui : il ne prit pas la chose aussi légèrement, car il s'était retiré dans le château de Mont-Blanc, avec une garde suffisante pour être à l'abri d'un coup de main. Un survivant de cette époque disait à M. de Bastard : « Il a bien fait de ne pas se laisser prendre. » Que l'on en juge par quelques traits empruntés à cette histoire.

Au commencement du mois d'avril 1563, Rapin de Thoyras

fut envoyé au Parlement de Toulouse pour y apporter l'édit de pacification de Lonjumeau : il fut arrêté, condamné à mort, exécuté dans les trois jours, et paya ainsi de sa tête l'irritation que le message dont il était chargé causait à cette compagnie. Trois jours après la Saint-Barthélemy, un gentilhomme de Catherine de Médicis, nommé Labarre, vient rendre compte au même Parlement de cette fatale journée : il est condamné à mort et exécuté immédiatement, comme calomniateur et criminel de lèse-majesté (M. de Bastard, t. II, p. 344).

Malgré la différence des temps, le sort de Thoyras et de Labarre était peut-être réservé au duc de Fitzjames, s'il n'eût pas été averti à propos, par le premier président, que l'on se disposait à le faire arrêter.

C'est dans l'enceinte du palais, connue sous le nom de *doyenné*, que s'exécutait cette justice sommaire. Le doyenné était soumis à la juridiction spéciale du doyen, qui jugeait en première instance les délits commis dans l'enclos du palais, sauf appel à la première chambre des enquêtes ou devant la Tournelle. Il y avait dans la cour basse du palais, dit notre auteur, un arbre célèbre qui servait à pendre les coupeurs de bourse pris en flagrant délit, et l'on en vit jusqu'à deux pendus ensemble en exécution du même arrêt.

Ainsi, jusqu'à la veille de leur chute, les Parlements avaient conservé, sinon toute leur autorité, du moins toute la vivacité de leurs anciennes prétentions. Celui de Toulouse en particulier exerça, pendant le dix-huitième siècle, un contrôle étendu sur l'Université. Les biens des colléges, les priviléges des boursiers étaient sous sa surveillance ; il choisissait les professeurs dans les différents ordres religieux auxquels était dévolue la charge de l'enseignement ; dans le conseil universitaire, le recteur se plaçait à droite du premier président, en l'absence duquel la présidence appartenait soit à un président à mortier, soit à un ancien conseiller. On se demande avec étonnement comment le choix des thèses de médecine pouvait rentrer dans la compétence des conseillers, et quelles lumières les deux commissaires pris parmi les magistrats apportaient dans le collége des électeurs chargés de recevoir les aspirants au doctorat. Tel était pourtant le dispositif de deux arrêts qui ne remontent pas au delà de l'année 1780.

Chargées de maintenir dans leur intégrité les intérêts de la religion, ces compagnies ne voulaient pas laisser prescrire leur droit de surveillance sur aucune sphère de l'enseignement. Leur mission, dans cet ordre d'idées, ne laissait pas d'être fort délicate.

Ainsi une législation odieuse privait les protestants de la faculté de faire constater leur état civil par des actes réguliers, et les magistrats reculèrent souvent devant l'application rigoureuse de ces lois. Le Parlement de Toulouse, dans le ressort duquel vivait un grand nombre de religionnaires réfugiés dans les montagnes, créa une jurisprudence à laquelle on ne peut qu'applaudir. Jusqu'en 1787, il fut défendu aux ministres d'administrer le baptême, de célébrer les mariages, de rendre les derniers devoirs aux morts, et par conséquent de donner l'authenticité à l'état civil des particuliers. Comme il était à peu près impossible de suppléer à ces actes solennels par des actes notariés, l'usage de constater les mariages par des écrits privés s'établit dans beaucoup de familles. Mais quelque rares que fussent les procès en pareille matière, il arrivait que des contestations fâcheuses s'élevaient touchant la légitimité des enfants, à l'occasion du partage des successions. Le Parlement de Toulouse, dans deux circonstances décisives, se prononça pour la légitimité des enfants issus des mariages contractés au désert, et décida hardiment que la possession d'état suppléait au défaut d'authenticité de l'union des parents (1781, 1784).

Cependant, quelques années auparavant, le même Parlement avait appliqué dans toute leur rigueur les règles surannées qui excluaient les religionnaires des charges municipales. Le conseil de ville ayant été renouvelé, en vertu d'un édit de 1766, le Parlement avait décidé que les officiers nouvellement élus seraient tenus de rapporter un certificat signé du curé de leur paroisse, et que mention serait faite de cette attestation dans le procès-verbal de prestation de serment. Plusieurs protestants cherchèrent à se dispenser de cette formalité; le procureur général ne prit pas de réquisitions contre eux ; on pouvait considérer les anciens règlements abolis par le silence du dernier édit. Nonobstant toutes ces circonstances, le Parlement décida, par arrêt du 23 novembre 1767, que le serment serait prêté et que le certificat de catholicité serait exigé.

M. de Bastard n'a rien négligé pour tirer de l'oubli des faits, des traditions, dont il n'existe plus aujourd'hui de témoins.

Il s'est plu à retracer la vie modeste et laborieuse des anciens magistrats, dont les longues journées devaient à peine suffire aux occupations multipliées du palais et du cabinet : aux audiences succédaient les conférences chez les présidents, les réunions en bureaux de grands et petits commissaires, la préparation des rapports, la rédaction des arrêts, etc.; ajoutons à cela que, dans les premiers temps, la vie d'un conseiller lai différait peu de celle d'un conseiller clerc; la lecture des livres de piété et des ouvrages de controverse, les offices religieux les occupaient à peu près également. Au seizième siècle, le palais, à Toulouse, était ouvert dès cinq heures du matin ; les procureurs se rendaient à leurs bureaux éclairés de bougie, attendant les magistrats auxquels ils avaient affaire. « La vocation d'avocat, disait-on, guérit les gens de paresse. » Les juges n'avaient rien à envier au barreau sous ce rapport.

Quant aux conseillers à qui était dévolue la connaissance des affaires criminelles, on peut se rendre compte, d'après le volume des dossiers qui nous restent, du temps que les magistrats devaient y consacrer. Quelques-unes de ces procédures, dans lesquelles, dit M. de Bastard, « s'usaient la patience des juges, la mémoire des témoins et la vie des accusés, » renferment jusqu'à quatre-vingts interrogatoires de trente à cent pages chacun, sans que l'on ait pu souvent constater ni l'innocence ni la culpabilité des inculpés : on pressent que son jugement relève avec impartialité, quand il le faut, ce que nos anciennes institutions judiciaires avaient de vicieux. « Déjà il nous est permis de dire qu'autant la justice civile de nos anciens magistrats était recommandable et digne du respect dont elle jouissait dans l'Europe entière, autant leur justice criminelle, entravée par une législation encore barbare, en France comme dans le reste de l'Europe, était, malgré le caractère si respectable des magistrats, vicieuse et incomplète dans son mode de procéder, interminable dans ses écritures, inexorable dans les souffrances dont elle se servait comme moyen d'instruction, cruelle dans les supplices dont elle faisait précéder et suivre l'exécution de ses arrêts. » (T. I, p. 414.)

Nous trouvons dans ce livre de fréquentes allusions aux règles

qui déterminaient le rang des magistrats, qui les dirigeaient dans les délibérations et qui marquaient des limites aux prétentions de chacun. Sachons même gré à notre auteur de nous expliquer quel était le cérémonial et quel était le taux de l'offrande à la messe de rentrée du Parlement de Paris. De peur que le plus pauvre n'eût à rougir de ne pouvoir suivre l'exemple du plus riche, l'offrande était fixée à une livre. « Cette cérémonie avait pris, sous le règne de Louis XIV, le nom de *messe des révérences*, à cause des saluts qu'y faisaient les magistrats en passant devant l'autel, à la manière des maîtres des cérémonies, des princes aux funérailles royales et des enfants de chœur. Aussi, s'il faut en croire les pamphlets publiés à l'époque du Parlement Maupeou, on eut beaucoup de peine à trouver des remplaçants qui sussent faire les révérences et les saluts aussi bien que les parlementaires. »

Les mêmes pamphlétaires se montraient moins généreux, en raillant les nouveaux venus qui n'avaient pas le moyen d'aller en carrosse. Tantôt le *Maupeouana* nous montre un grand homme sec, crotté jusqu'à l'échine, qui vient frapper à la porte d'un collègue pour lui demander un louis. Un autre emprunte cent écus et un cheval à un fermier, quitte son village en guêtres et vient se loger à Paris, au troisième étage. Lui et ses confrères n'ont de dîner assuré que le jour où le premier président tient table, et quand ils y sont, ils en prennent pour le jour et pour le lendemain (*Corresp. satir.*, p. 141).

Ce qu'il y a de piquant, c'est que Voltaire, d'un ton demi-plaisant, demi-sérieux, fait à peu près le même portrait de l'abbé Mignot, son neveu (appauvri du reste par une bonne action). « C'est un fier gueux, écrit Voltaire au chancelier... Il va tous les jours à pied de sa maison à la grand'chambre, et en fiacre quand il va chez vous. De sorte que la sœur très-brillante d'un ancien conseiller, femme d'un fermier général prodigieusement riche, disait en le voyant à votre porte : « Voilà de plaisants « conseillers au Parlement, ils vont en fiacre ! » (*Lettres inédites*, 1771, publiées par Decayrol, n° 722.)

On peut regretter que M. de Bastard n'ait pas accordé plus de place aux épisodes de l'histoire générale qui touche par tant de côtés à celle du Parlement ; il est facile de juger du talent avec lequel il aurait traité de plus grands sujets, par le récit pathé-

tique qu'il a fait des derniers instants de dix-sept membres du Parlement de Paris et de six conseillers du Parlement de Toulouse, condamnés par le tribunal révolutionnaire. Toutefois, en faisant entrer dans son livre de nombreux documents d'un intérêt purement privé, en s'attachant à mille détails que d'autres ont négligés, M. de Bastard a fait un ouvrage qui ne manque pas d'originalité; en suivant la trace de ses devanciers dans une voie plus large, il nous aurait sans doute fait relire avec plaisir une histoire déjà connue, mais il nous aurait appris moins de choses ignorées.

J. SIMONNET,
Substitut du procureur impérial à Dijon,
Docteur en droit.

Des postes chez les Romains ; Histoire des postes, par A. FLEGLER. — Nuremberg, chez G.-A. Stein.

« Rome, dit Montesquieu, n'était pas proprement une monarchie ou une république, mais la tête d'un corps formé par tous les peuples du monde. »

Afin d'assurer les relations de ce grand centre avec les peuples les plus éloignés, les Romains avaient construit ces voies admirables de solidité qui se sont conservées à travers vingt siècles. Comment les utilisaient-ils pour l'administration des provinces? Comment était organisé le système de transports? C'était là un sujet d'études intéressantes qui ne pouvait échapper à nos savants français.

En effet, en 1844, M. Naudet a donné un travail très-complet sur l'administration des postes chez les Romains.

Un de nos voisins d'outre-Rhin, M. Flegler, est revenu sur ce sujet, et, dans une histoire des postes qui a paru à Nuremberg en 1858, il a groupé à cet égard un certain nombre de faits d'un grand intérêt. Son travail est clair et doit être signalé. Il a seulement un défaut bien rare chez les savants allemands : celui de ne pas indiquer les sources auxquelles il puise.

C'est d'après ce livre, et en nous aidant de l'excellent Mémoire de M. Naudet, que nous donnons cette courte esquisse du système postal de l'ancienne Rome.

Les premières voies romaines, la voie Flaminienne, la voie Appienne sont contemporaines des premières conquêtes du peuple romain dans le pays des Samnites[1]. Il est constant qu'elles avaient surtout un but stratégique; mais certains faits ne nous permettent pas de douter que l'on avait pensé aussi à l'utilité générale. Dès cette époque, les fonctionnaires avaient à leur disposition tout un attirail d'esclaves et de moyens de transport qui leur permettait d'entretenir des rapports fréquents et utiles avec la capitale.

Sous la république, le soin de veiller à l'état des routes était confié aux censeurs : comme ils étaient nommés pour cinq ans, et que cependant ils n'exerçaient leur charge que dix-huit mois, pendant les trois ans et six mois restants, la haute main appartenait aux seuls édiles[2].

Sous la dépendance de ces derniers magistrats furent créés successivement, vers l'an 520, les quatuorvirs pour la Campanie et les décemvirs *viis extra urbem purgandis*[3]. Le pouvoir des édiles, quant à la police de la voie publique, se maintint sous Auguste; mais alors pour l'Italie on créa en outre, au profit de personnages consulaires, la fonction de *curator* de la voie Appienne, Tiburtine, Emilienne, etc.[4]. — Les *curatores* remplacèrent les commissions que l'on organisait sous la république pour chaque travail spécial.

Au milieu de ce peuple guerrier et dédaigneux pour les étrangers, les premières communications n'avaient été ni très-régulières, ni très-fréquentes. C'est seulement avec l'extension de la puissance romaine hors de l'Italie que se répand l'usage des lettres *missives*, malgré les indiscrétions proverbiales du gouvernement[5]. C'est alors un continuel échange de dépêches officielles. En même temps Rome commence à s'encombrer de toutes les richesses extorquées aux provinces par les fermiers des impôts et les avares proconsuls. Les gouverneurs de provinces songent surtout à envoyer à Rome le fruit de leurs rapines; en même temps que dans les pays nouvellement soumis

[1] Tite-Live, X, 43; XLI, 27.
[2] Tite Live, XXIX, 37; Cicéron, Verr., I, cap. L; Frontin, cap. VIII.
[3] Dio Cassius, LIV, 26, § 30 de la loi 2, *De origine juris*, Dig.
[4] Suétone, *Oct.*, cap. XXXVII; Tacite, *Ann.*, III, 31.
[5] Plaute, *Trin.*, act. III, sc. III, v. 64 et 80.

ils créent des routes par le travail de leurs légions, ils prennent le plus grand soin d'assurer la régularité de leurs communications avec la métropole, au moyen de *stratores*, dont le rôle ressemblait à celui des ordonnances de nos officiers supérieurs[1].

Ces *stratores* se chargeaient du transport des lettres privées ; mais les particuliers se servaient plus souvent des *tabellarii publicani*, ou serviteurs messagers des fermiers des impôts[2]. Ceux-là étaient répandus dans toutes les bourgades où le fisc exerçait ses droits. On sait que des sociétés, dites *vectigalium*, s'étaient formées entre citoyens romains, presque tous chevaliers, pour prendre à bail les impôts.

Ces sociétés avaient dans les grandes villes des magasins considérables ; continuellement elles avaient à faire des envois à Rome. Ajoutez que les bénéfices qu'elles faisaient, et les capitaux considérables dont elles disposaient, leur permettaient de se livrer à des opérations nombreuses de prêt à intérêt et de change pour lesquelles elles entretenaient des comptoirs dans les plus petites villes.

Le mouvement d'affaires nécessita de très-bonne heure l'emploi fréquent et continuel de courriers, de *tabellarii*, en qui l'on pouvait avoir pleine confiance ; les particuliers eurent souvent recours à eux pour le transport de leurs dépêches, surtout dans les temps de guerre civile. On se servait aussi des messagers que les grandes familles entretenaient sur les routes pour communiquer avec les peuples qui s'étaient placés sous leur patronage.

Ainsi, sous la république, l'activité privée avait presque seule utilisé les routes. C'étaient des sociétés privées, des fonctionnaires épars, de simples particuliers qui avaient formé sur tout ce vaste territoire un système de communications. La nécessité chaque jour mieux comprise de rapports réguliers et certains entre les principaux points du territoire romain conduisit, sous l'empire, à une véritable réorganisation du système des transports.

On peut dire qu'Auguste créa les postes. Il établit d'abord

[1] Cicéron, ép. XV, 17 et 19; Pline, ép. II, 12; VII, 13; Dig., I, 16, l. 4, § 1; IV, 6, l. 10.

[2] Cic., *Ad Attic.*, V. 15, 2; *De prov. cons.*, VII, 15.

sur les routes des relais de coureurs publics chargés de transmettre les dépêches d'une station à une autre. Plus tard, incomplétement satisfait, voulant des informations orales et directes sur l'état de ses armées et l'administration de ses provinces, il décida qu'on construirait sur les routes, de distance en distance, des maisons spacieuses où chevaux et voitures seraient entretenus aux frais de l'Etat pour servir au transport des courriers venus de toutes les parties de l'empire [1].

Ces courriers, appelés *speculatores*, expression synonyme de notre mot *espion*, étaient sous les ordres directs du préfet du prétoire [2].

Ce système de transports organisé pour le service public fut dès le principe et resta toujours à la disposition des seuls personnages officiels [3]. Pour se servir de la poste impériale, il fallait se munir d'une lettre de transport : *evectio*, *diploma*, émanée de l'empereur ou de son préfet du prétoire [4], ou d'un des gouverneurs de province, qui avaient toujours un certain nombre de ces lettres en blanc [5].

Avec cette tendance naturelle à l'homme d'user beaucoup de ce qui ne lui coûte rien, l'entourage de l'empereur, les familiers du préfet du prétoire et des grands dignitaires de l'empire, ne se firent pas faute d'user largement des commodités que présentait ce moyen de transport. Il fallut augmenter le nombre des voitures, puis des chevaux ; les sommes allouées par le trésor public devinrent complétement insuffisantes.

Les charges d'entretien durent alors être supportées par les municipes et les cités voisines de la route. Ces charges devinrent écrasantes [6], mais dans l'état de détresse où les prodigalités des premiers empereurs mettaient le trésor public, on y fit peu attention. On démontra même par des arguments subtils qu'il en devait être ainsi.

Nerva, touché de ces plaintes réitérées, voulut exempter de

[1] Suétone, *Oct.*, 27.

[2] Aristenète, ep. I, 26 ; Suétone, *Caligula*, 64 ; Plutarque, *Othon*, 4 ; Tacite, *Hist.*, II, 73 et 43.

[3] Pline, ép. X, 31, 121 ; Sid. Apollinaire, ép. XV.

[4] Cod. Théod., VIII, 5, *De cursu publico*.

[5] Pline, ép. X, 121, 122, 55.

[6] Plutarque, *Galba*, 8.

cette charge les villes d'Italie [1]; mais le mal était le même sous Trajan. D'autres empereurs [2] entreprirent de faire justice, Adrien notamment, qui fit une loi pour exempter de ces prestations les magistrats des villes. Antonin et Septime-Sévère rendirent aussi des décrets pour remédier à cet abus, mais ce furent là des concessions faites afin de se concilier la faveur populaire, des lois qui restèrent inexécutées; le trésor impérial était sans cesse réduit aux expédients, et les empereurs n'arrivèrent pas à alléger pour les villes le poids de cette servitude.

C'est donc un fait établi qu'à cette époque chaque municipe eut à subvenir aux dépenses de la poste sur la route voisine. Des rescrits de Maximien et de Dioclétien le prouvent jusqu'à l'évidence [3].

Sous les empereurs qui succédèrent à Constantin, le service de la poste prit chaque jour une importance plus considérable, et son organisation se développa. Le troisième siècle est l'époque la plus florissante pour le système postal : de nombreux textes nous permettent d'entrer dans quelques détails sur cette organisation.

Les maisons de poste, *mansiones*, *mutationes*, étaient éloignées l'une de l'autre de 5 et quelquefois de 8 à 9 milles, c'est-à-dire de 12 à 22 kilomètres [4]. Dans les *mansiones* résidait un *præpositus*, placé à la tête d'un personnel nombreux de postillons, disposant d'un matériel considérable, et ayant aussi souvent une mission de surveillance sur de vastes greniers où s'accumulaient les rations de froment destinées aux troupes de passage. En général, ces maisons étaient situées à une journée de marche les unes des autres. Aussi voit-on le mot *mansio* employé quelquefois comme synonyme d'un jour de voyage [5]. A leur arrivée, les voyageurs y étaient hébergés plus ou moins bien, selon les énonciations de leurs lettres de circulation, *tractoriæ*, *sigillum*. Ces *mansiones* étaient souvent de véritables palais des-

[1] VEHICULATIONE ITALIÆ REMISSA, monnaie de Nerva, Eckhel, VI, p. 408.

[2] Spartien, *Adrien*, 7, et *Sévère*, 14; Capitolin, *Antonin*, 11 et 12.

[3] C. Théod., l. 34 et 23 *De cursu publico*, l. 4 *De muneribus*.

[4] Orelli, 459.

[5] Lactance, *De mortibus persecutorum*, cap. XLV; Pline, *Lettres* 12, 14.

tinés aux haltes des empereurs et de leur suite[1]. Les *mutationes* étaient plus petites. On y trouvait seulement des écuries et quelques chambres destinées à recevoir les hôtes. Autant que possible, ces maisons étaient situées à proximité d'une ville ou d'une bourgade. Souvent elles ne suffisaient pas aux logements des voyageurs et surtout des militaires de passage; alors on encombrait les maisons voisines. C'était au gouverneur de la province[2] à restreindre ces sortes d'exactions. Il devait aussi empêcher qu'on se permît des réquisitions sur les paysans en dehors des routes ordinaires.

Les *mansiones* et les *mutationes* contenaient pour le service de la poste un nombre considérable de chevaux, et, quand les routes étaient en bon état, on arrivait à franchir rapidement de grandes distances, témoin le voyage que fit Constantin s'échappant des mains de Galère et allant de Nicomédie jusqu'en Bretagne. Il voyagea jour et nuit, usant d'une incroyable célérité, dit Lactance, et prenant soin, pour éviter les poursuites, d'emmener avec lui tous les chevaux de poste[3]. A la suite de ce voyage le service postal dut être dans un triste état si, comme le dit l'*Epitome* de Victor, Constantin fit tuer tous les chevaux de poste qu'il rencontra.

On trouvait dans les stations postales trois espèces de voitures : les *rhedæ*, sorte d'équipage assez lourd, tantôt couvert, tantôt découvert, attelé de huit chevaux dans l'été et de dix dans l'hiver; des *carrucæ*, d'où est venu notre mot français *carrosse*, voiture à l'usage de l'aristocratie, couverte presque toujours, ornée souvent de clous d'or et d'argent, attelée de deux ou quatre chevaux; des *birotæ*, correspondant à nos cabriolets à deux roues, traînés par trois chevaux, ânes ou mulets. Le transport des dépêches se faisait quelquefois à cheval par des *veredi*.

Les chariots pour le transport des bagages : *angariæ*, *cursus clavulares*, étaient en général traînés par des bœufs, au nombre de six ou huit, et leur charge était de 1,500 livres[4] au maximum. D'autres voitures plus petites, les *carri*, ne portaient que 600 li-

[1] Vopiscus, *Aurélien*, cap. XXXV.

[2] L. 5, C., *De officio præsidis*, l. 1, C. XI, 54, l. 2, XII, 51.

[3] *Nudatus cursus publicus* (Lactance, *De mort. pers.*, cap. XXIV).

[4] C. Théod., *De cursu publico*, l. 8, 17, 28, 30, 37.

vres (la livre romaine pesait environ 350 grammes). Aujourd'hui les voitures de nos rouliers portent le double. Les propriétaires voisins, même les pauvres colons, devaient livrer pour ces transports impériaux leurs charrettes et leur bétail, obligation très-onéreuse dans le cas de transport de troupes, lorsqu'il fallait fournir un grand nombre de chevaux et de fourgons de supplément : *paraveredi* et *parangariæ*. Alors ils ne pouvaient se servir de leurs propres voitures pour transporter le plus léger ballot, sous les peines les plus sévères [1]. Ce roulage impérial fut supprimé en Orient par l'empereur Léon [2].

En résumé, ce qui distingue radicalement le système postal de l'empire romain de celui des Etats modernes, c'est son caractère purement administratif et fiscal. Quiconque ne tenait pas à un personnage officiel ne pouvait se servir de la poste impériale ni pour lui, ni même pour ses bagages. Les frais de l'institution pesaient uniquement sur ceux qui étaient exclus de ses avantages. L'abus des lettres de transport était criant ; un citoyen d'un municipe se voyait forcé de donner ses chevaux et ses voitures pour transporter les amis du prince, quand lui-même était privé de leur usage et forcé d'attendre une occasion précaire pour ses communications les plus pressantes. Les empereurs, en créant et entretenant un service régulier de communications, avaient satisfait à un des premiers besoins d'un grand Etat et d'une grande administration ; mais ils n'avaient tenu aucun compte des besoins de la société de tout un grand peuple, qui sous un régime de centralisation aussi extrême avait bien le droit d'exiger beaucoup du pouvoir suprême. Aussi, ce système postal n'aboutit en somme qu'à user les forces des cités et à étouffer la production agricole à sa naissance. Sans doute les faits que nous venons d'exposer nous permettent de reconnaître dans cette institution la preuve d'un état de civilisation très-avancé ; mais cette institution n'est pas bonne, car il n'y a de bonnes institutions que celles qui sont un bienfait pour le grand nombre. « Loin d'entretenir l'activité dans l'empire romain, dit avec raison M. Flegler, le système postal contribua à sa chute, en augmentant l'état d'abattement où étaient les municipes au

[1] C. Théod., *De cursu publico*, l. 14, 69 et 64.
[2] C. XII, 51, l. 22.

quatrième siècle, incapables désormais de résister aux barbares. »

M. Flegler, dans le chapitre de son ouvrage que nous avons voulu faire connaître, a ainsi touché à un côté intéressant des lois romaines. S'il avait pris davantage le soin de nous révéler les autorités sur lesquelles il s'appuie, nous dirions que son livre sur l'histoire des postes a rendu un vrai service à la science. Tel qu'il est, c'est un livre utile, où il y a souvent matière à des rapprochements curieux. Quelque éloigné que ce passé soit de nous, ces rapprochements sont intéressants ; l'histoire de ce qui a été sert merveilleusement à faire comprendre la valeur de ce qui est.

En effet, qu'on y réfléchisse un instant, on verra dans notre Europe moderne des moyens de communication plus perfectionnés, des ressources admirablement accumulées et organisées qu'une main généreuse dispense pour le bien-être de tous, enfin l'Etat de plus en plus porté à une sollicitude générale pour tous les intérêts. Ces réflexions viendront à l'esprit de ceux qui compareront notre système postal à celui de l'empire romain. Aussi, en parlant de ce système comme de tant d'autres institutions empruntées à l'antiquité, nous avons vraiment le droit de répéter à notre profit le vieil adage : « Le monde a marché depuis ce temps-là. »

FRÉD. DEBAINS.

Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique, par MM. DE PEYRONNY, avocat à la Cour impériale de Lyon, et DELAMARRE, avocat à la Cour impériale de Paris. — 1 vol. in-8 ; Paris, Marescq aîné, 1860 ; prix : 10 fr.

Voici encore un ouvrage sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Les auteurs ne se sont pas bornés à recueillir la jurisprudence de la Cour de cassation ; ils ont habilement réuni et mis en ordre tous les matériaux épars dans les journaux judiciaires et les revues, un grand nombre d'arrêts de Cours impériales, surtout des Cours de Lyon et de Paris ; enfin ils se sont efforcés d'analyser dans leur commentaire tout ce qui a été dit ou imprimé sur leur sujet : c'est assez dire qu'ils ont fait un livre éminemment commode et pratique, un de ces livres qui font

gagner du temps à ceux qui les consultent, parce qu'on y trouve facilement ce qu'on a besoin de savoir.

Avant d'expliquer la loi du 3 mai 1841 et les lois postérieures, les auteurs ont eu l'heureuse idée de commenter l'article 545 du Code Napoléon. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. Voilà le principe et le germe de toute la législation sur la matière. Pour la bien comprendre, il faut avant tout se pénétrer des trois conditions essentielles posées par l'article 545 : utilité publique, indemnité juste, indemnité préalable. Quelques pages de transition font ensuite connaître la législation intermédiaire, de 1804 à 1841.

Mais puisque MM. de Peyronny et Delamarre entraient dans la voie de l'exposition historique, ils nous permettront de regretter qu'ils ne soient pas remontés plus haut. Les six pages de philosophie et d'histoire qu'ils ont mises en tête d'un volume de plus de 800 pages éveillent la curiosité du lecteur sans la satisfaire. C'est là une lacune qu'ils auraient facilement pu combler. « Les principes de l'expropriation, disent-ils, n'ont pas reçu dans le droit romain une organisation à part : cela se comprend facilement quand on sait que cette organisation spéciale et complète, inconnue de notre ancien droit français, est une des récentes créations de notre droit moderne, ainsi que nous l'établirons plus loin. » Nous protestons contre cette dénégation. Il est vrai que chez les Romains, comme chez nous avant la Révolution, l'expropriation n'était pas codifiée [1], mais elle n'en avait pas moins ses règles très-fixes et très-certaines, et il eût été utile de les faire connaître, car c'est à cette source qu'ont puisé les rédacteurs de la loi du 16 septembre 1807, sur laquelle MM. de Peyronny et Delamarre auraient peut-être dû insister davantage. On peut voir encore aujourd'hui dans nos grandes archives départementales les dossiers des expropriations qui ont été faites au siècle dernier pour l'exécution des grands travaux

[1] Nous avons sous les yeux une thèse présentée à la Faculté de droit de Paris par M. Garbouleau. Cette thèse, qui traite du domaine public en droit romain et en droit français, contient des recherches intéressantes, quoique incomplètes, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en droit romain. Nous donnerons prochainement un travail approfondi sur ce sujet.

publics. C'est une étude intéressante; et sans entreprendre une recherche aussi pénible, on aurait pu trouver dans le premier volume de cette *Revue* un exposé sommaire de cette partie de notre ancien droit.

Encore une observation. MM. de Peyronny et Delamarre justifient le principe de l'indemnité en disant : « La loi nécessaire de toute société oblige les citoyens à faire, s'il le faut, le sacrifice de leur vie dans l'intérêt commun, sans indemnité pour leurs familles, mais elle ne les oblige à faire le sacrifice de leurs propriétés que moyennant indemnité. Cela tient à ce que la vie des citoyens appartient à Dieu et à leur pays, tandis que leurs propriétés n'appartiennent qu'à eux et à leurs familles. » L'expression dont se servent les auteurs nous paraît aller bien au delà de leur pensée. Nous ne pouvons admettre que l'Etat puisse prendre sans indemnité la vie des citoyens, tandis qu'il ne peut prendre leurs biens qu'avec indemnité. On ne tue pas pour cause d'utilité publique. L'Etat ne prend pas la vie des citoyens, il les appelle à sa défense; il ne leur demande que leur temps et leur service; on pourrait même ajouter qu'il les indemnise, au moins en partie, car il les paye et les nourrit, et donne aux blessés et aux infirmes une pension ou les Invalides. Que s'ils viennent à être tués, c'est un accident de force majeure dont l'Etat n'est pas responsable. L'Etat ne leur demande pas de donner leur vie, mais de l'exposer, ce qui est très-différent.

R. D.

Des obligations solidaires en droit romain; commentaire du titre DE DUOBUS REIS au Digeste, par CH. DEMANGEAT, suppléant à la Faculté de droit, avocat à la Cour impériale de Paris. — Paris, Marescq aîné, libraire-éditeur, 17, rue Soufflot. 1858, in-8°; prix, 6 francs.

Les lecteurs de la *Revue historique* et tous les amis de la science du droit connaissent, au moins de réputation, M. Demangeat, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris. Son livre sur l'*Histoire de la condition civile des étrangers en France*; ses notes excellentes sur le *Traité du droit international privé*, de Félix; ses divers articles de Revue, et la fondation de la *Revue pratique*, dont il est l'un des collaborateurs les plus actifs, l'ont déjà placé parmi les jurisconsultes de notre temps.

Enfin, ses succès dans l'enseignement du droit romain lui ont donné une place parmi les jeunes romanistes.

A tous ces titres, M. Demangeat vient d'en joindre un nouveau. Il a fait paraître l'explication exégétique et synthétique du titre *De duobus reis*, autrement dit, il vient de traiter des obligations solidaires en droit romain.

« M. Demangeat, disait naguère M. Laferrière, inspecteur général de l'ordre du droit [1], suivant l'exemple donné par M. le doyen Pellat dans ses beaux commentaires sur plusieurs titres des Pandectes, commente pour les docteurs le titre *De duobus reis* ou des obligations solidaires en droit romain, développe les textes par une exégèse empruntée à la grande école de Cujas ou de Savigny, et, par d'utiles comparaisons, éclaire en même temps les principes de la solidarité en droit français. »

Cet éloge juste et vrai résume, mieux que nous ne le pourrions faire, les qualités de l'excellent travail dont M. Demangeat vient d'enrichir la littérature du droit.

L'auteur dit avec raison (Introduction) qu'il a choisi une des matières les plus intéressantes qu'offre le droit romain. L'exposition de la théorie de la corréalité et de la solidarité proprement dite, nécessite le développement d'une foule de principes qui, rapprochés du droit français, éclairent cette partie difficile de notre législation.

Nous nous bornerons à donner un aperçu rapide des diverses questions qui sont traitées dans cet ouvrage.

M. Demangeat expose les divers modes extinctifs des obligations, et il les distingue nettement en trois classes.

La première classe comprend ceux qui font disparaître l'obligation et profitent sans distinction à tous les intéressés. Il en traite à propos de la loi 2, *De duobus reis*. Ces modes sont le payement, l'*acceptilatio* (remise solennelle de la dette), la novation, la *litis contestatio*, le pacte de constitut, le serment et la chose jugée. Dans ses notes, l'auteur rappelle à ce propos les dispositions des articles 1198, 1210, 1211, 1280, 1285 et 1365 du Code Napoléon. A la page 99, après avoir examiné l'effet de la chose jugée sur les obligations corréales et *in solidum*, il indique quelle solution doit être appliquée en France à cette grave question.

[1] Discours d'ouverture du concours d'agrégation pour les Facultés de droit, qui vient d'avoir lieu à Paris.

Une seconde classe des modes extinctifs comprend ceux dont l'effet est limité à une personne déterminée. L'auteur en traite à propos de la loi 19, *De duobus reis*. Ce sont les cas où l'un des débiteurs est *capite minutus*, où il a fait cession de biens, et où il a obtenu la *restitutio in integrum*, quoique sur ce point il se présente des difficultés que M. Demangeat aborde, et qu'il résout d'une manière satisfaisante.

Une troisième classe se compose des modes extinctifs, qui ont un caractère mixte, et dont l'effet est tantôt absolu, tantôt simplement relatif, suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas société entre les *correi*. L'auteur les examine à propos de la loi 10, *De duobus reis*, et là nous trouvons, traités *ex professo*, la compensation, la confusion, le pacte *de non petendo*, le legs de la libération et le compromis.

Dire combien l'exposition est claire, précise, savante; combien de textes importants sont analysés et expliqués par l'auteur, ce serait impossible dans les quelques lignes d'un compte rendu. Le droit français est sans cesse rapproché, et nous pouvons citer à cet égard une longue note (p. 280) sur le paragraphe 3 de l'article 1294, et la réfutation de la doctrine enseignée par Domat et Pothier. Les articles du Code Napoléon sur la confusion et la remise de la dette sont placés en regard des théories romaines. Il en est de même des solutions adoptées par notre Code sur la mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires ou la perte de la chose due par le fait ou la faute de l'un d'eux. Il faut voir avec le commentaire de la loi 18 ce que les Romains avaient décidé sur ces questions; M. Demangeat démontre que les interprétations de Dumoulin étaient compliquées et erronées dans une matière qui, à Rome, avait reçu des solutions très-acceptables par la raison.

Nous citerons comme nous ayant particulièrement frappé ce que l'auteur a écrit des bénéfices de division et de cession d'actions, origine de la subrogation, et aussi les quelques mots qu'il a dits du bénéfice de discussion. Mentionnons encore l'explication de la loi 6, § 1, qui a été détachée de l'ouvrage et insérée avec raison dans la *Revue pratique*, car elle donne des solutions applicables à notre droit.

En lisant rapidement cet ouvrage qui confirmait le plus souvent les doctrines que nous enseignons, nous nous demandions

comment des personnes sérieuses pouvaient encore nier l'efficacité des études de droit romain, comme si dans nos Facultés les chaires de droit romain et de Code Napoléon n'étaient pas les deux colonnes de l'enseignement juridique ; et cependant, il faut l'avouer, les adversaires du droit romain se réveillent de temps à autre, non pas pour nier radicalement et franchement, mais pour attaquer d'une manière détournée l'heureuse influence de cette étude. Ainsi, dans ces derniers temps, certains esprits semblent en être revenus au texte de la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), relative aux écoles de droit, d'après lequel on enseigne le droit romain, *dans ses rapports avec le droit français* ; on oublie que cet enseignement n'avait donné que des idées très-imparfaites et parfois très-fausses de la législation romaine. On semble oublier que la découverte de Gaïus en 1816, les travaux des jurisconsultes qui écrivaient dans la *Thémis*, l'enseignement fécond de MM. Ducauroy et Pellat, maintenu et perpétué à la Faculté de droit de Paris par des professeurs, dignes élèves de pareils maîtres, l'enseignement du droit romain répandu aujourd'hui dans les Facultés de province, et que la Faculté de Paris pourrait bien un peu revendiquer comme sien, si elle était moins dédaigneuse de ses sœurs de province, ont prouvé d'une manière péremptoire qu'il était impossible de connaître le droit romain, sans en saisir l'ensemble.

L'établissement de deux années de cours a produit d'excellents fruits, et a permis aux professeurs de province de donner aux concours d'agrégation des docteurs capables de lutter même avec avantage contre ceux de la Faculté de Paris ; dût-on nous accuser d'être un esprit étroit, nous croyons que l'étude du droit romain est préférable à celle d'un prétendu droit naturel « toujours plus ou moins arbitraire, » qui ne donne à l'esprit que des idées vagues, et n'amène aucun résultat scientifique.

Que l'élément philosophique, historique et littéraire ait place « et même une large place » dans les études de droit, rien de mieux, mais qu'il absorbe l'élément scientifique, c'est là ce qui, à nos yeux, constituerait une décadence; nous pensons qu'il est de notre devoir de lutter contre ces funestes tendances.

D'un autre côté, « certains esprits, » d'ailleurs éminents, s'imaginent que les actions en droit romain renferment l'exposé de la

procédure romaine, comme si, à propos des actions, les jurisconsultes de Rome ne remontaient pas toujours aux principes fondamentaux du droit réel, du droit de créance ou du droit de possession. Ainsi le savant doyen de la Faculté de Paris a commenté le titre de la revendication et de la publicienne ; qui donc après avoir lu ces ouvrages dira que M. Pellat a traité des questions de procédure ? Il en est de même de l'ouvrage de M. Demangeat ; combien de fois examine-t-il quelle action sera donnée dans tel ou tel cas pour remonter aux principes qui sont en jeu !

Ce n'est pas qu'un professeur intelligent ne doive insister sur les matières qui correspondent au droit français, faire les rapprochements, établir les comparaisons ; M. Demangeat, qui connaît si bien la législation romaine, n'y a pas manqué, aussi son ouvrage sera-t-il goûté par tous les jurisconsultes qui s'occupent du droit romain comme du droit français ; et il n'est pas un professeur sérieux de Code Napoléon qui n'avoue qu'un élève nourri de ces principes ne soit plus apte à recevoir ses leçons.

Les doctrines de M. Demangeat sont-elles toutes à l'abri des objections ? Nous n'oserions l'affirmer, quoique sa science pèse toujours d'un grand poids dans notre esprit ; il est quelques points sur lesquels nous avons de la peine à nous ranger de son avis.

1° L'auteur soutient (p. 65) que la *litis contestatio* était un mode spécial d'extinction que l'on qualifie à tort de novation *nécessaire* ou *forcée*. La difficulté n'est que théorique, mais il me semble que Gaïus voyait dans la *litis contestatio* une véritable novation. Ne dit-il pas, au commentaire 3, § 180 : « *Tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. Sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri ; et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* ? »

Ulpien (l. 11, § 1er, *De novationibus*) dit aussi que la délégation, qui est une espèce de novation, se fait *per litis contestationem*, et Paul (l. 29, *De novationibus*) met en présence la novation volontaire et la novation forcée.

2° Sur un point également de pure théorie, M. Demangeat, adoptant l'avis de M. de Vangerow (p. 14, 72 et 182), enseigne que l'obligation corréale est *une*, malgré la pluralité des sujets ; que les créanciers ou débiteurs corréaux sont créanciers ou débiteurs sous l'alternative d'une option qui doit être faite par la *litis contestatio*, et qu'après la *litis contestatio*, le créancier qui a poursuivi est réputé avoir été seul créancier ; le débiteur qui a été poursuivi est réputé avoir été seul débiteur.

M. Machelard (*Textes de droit romain expliqué*, p. 162) a exposé une doctrine différente, et il ne croit pas, d'après les textes, que les jurisconsultes romains ne vissent dans les obligations corréales qu'une seule obligation.

Du reste, aucune conséquence pratique ne découle de ces points de vue différents.

3° Sur la loi 3, *De duobus reis*, l'auteur s'écarte de la doctrine M. de Vangerow, et soutient que, pour constituer l'obligation corréale, soit du côté actif, soit du côté passif, il était nécessaire de suivre le procédé indiqué dans les Institutes de Justinien (liv. III, tit. XVI). D'après M. Demangeat, si Paul stipulait de Primus 100 sesterces, que Primus répondît de suite : *Spondeo*, puis que Paul stipulât de Secundus *eosdem nummos*, et que celui-ci répondît : *Spondeo*, il n'y aurait pas eu obligation *corréale*.

L'auteur réfute, d'une manière savante, plusieurs textes qu'on oppose à sa doctrine, et sur quelques points nous sommes d'accord avec lui. C'est ainsi que nous adoptons pleinement le sens qu'il donne à la loi 9, § 2, *De duobus reis*.

Mais restent deux arguments qui nous feraient incliner vers l'opinion de M. de Vangerow. D'abord les obligations du *reus* et du fidéjusseur constituent des obligations corréales, et cependant, grâce à l'intention des parties et aux termes employés, l'un des obligés répond le premier, l'autre, interrogé après cette promesse, promet à son tour, et n'en est pas moins tenu *correaliter*.

Puis, comment croire qu'au temps des jurisconsultes classiques l'on ne pût former une obligation corréale entre des *correi promittendi*, ou au profit des *correi stipulandi*, en intercalant les demandes et les réponses, et en s'en référant à l'intention des parties ? N'est-ce pas le véritable sens de la loi 8, § 5, *De nova-*

tionibus, où l'on rencontre ce passage : « *Quod ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat. Si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente, alter liberatur.* »

L'auteur répond, il est vrai (p. 101) : « Ici encore, nous n'avons pas une novation ; du reste, nous n'avons pas non plus *duo rei promittendi ;* les effets propres à la corréalité, et fondés sur l'unité d'obligation, ne se produiraient pas. »

Mais est-ce qu'il n'y a pas désaccord entre cette doctrine et celle de la page 184, qui nous paraît exacte ? « A mon sens, la première condition pour qu'il y ait obligation corréale, c'est que l'action qui pourra être employée par le créancier soit une *condictio ;* lorsqu'il y aura lieu seulement à une action de bonne foi, ou à une action *in factum*, la solidarité sera bien possible, mais non la véritable corréalité. »

Ne trouvons-nous pas dans ce texte d'Ulpien (l. 8, § 5, *De novationibus*) stipulation et *condictio ?* Pourquoi alors l'obligation ne serait-elle que solidaire et non corréale ? Où trouver un texte au Digeste qui établisse d'une manière bien nette qu'il n'y aura *corréalité* que si dans la stipulation les demandes et les réponses n'ont pas été intercalées les unes dans les autres ; que, si au contraire, elles ont été ainsi intercalées, il n'y aura que solidarité ?

Au temps d'Ulpien, ne devait-on pas tout ramener à une question d'intention ? Les parties ont-elles eu l'intention de constituer une *fidejussio* ou des *correi promittendi*, ou de faire novation, ou bien de former deux obligations distinctes, n'ayant rien de commun entre elles (*alia atque alia obligatio*) ?

4° M. Demangeat (p. 185) semble indiquer qu'il y a intérêt à distinguer entre la corréalité et la solidarité, quant au bénéfice de division ; on lit : « Il faut donc soigneusement distinguer si les débiteurs sont tenus d'une *condictio*, ou si, au contraire, ils sont tenus d'une action *bonæ fidei* ou *in factum*. La distinction présente de l'intérêt à plusieurs points de vue, savoir : 1° au point de vue du bénéfice de division. »

Nous nous bornerons à faire observer que le bénéfice de division a été introduit par les fidéjusseurs qui sont tenus d'une obligation corréale, et qu'il était refusé à des débiteurs pure-

ment solidaires, ainsi que le prouve la loi 47, *Locati*, au Digeste. Il nous semble donc difficile de voir dans le bénéfice de division un *criterium* entre la corréalité et la solidarité.

5° Nous avons entendu reprocher à l'auteur d'avoir enseigné que du côté actif on ne comprenait que la *corréalité* et non la *solidarité* entre plusieurs créanciers. Est-ce que l'on ne peut pas comprendre plusieurs codéposants, plusieurs covendeurs ayant une obligation solidaire et non corréale contre le débiteur? Nous lisons même, à la page 402 : « Les parties sont libres de faire disparaître certains effets de la corréalité active, si ces effets leur déplaisent. » Pourquoi donc ne pourraient-elles pas constituer une simple solidarité?

Avant de terminer, disons que M. Demangeat n'a pas manqué de citer les auteurs allemands, notamment MM. de Savigny et de Vangerow, quoiqu'il n'ait pas toujours adopté leur doctrine.

Disons aussi que cet excellent commentaire est terminé par une table alphabétique, et par la liste exacte des textes qui ont été interprétés concurremment avec ceux du titre *De duobus reis*.

P. DE CAQUERAY,
Professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

Le Doctorat à la Faculté de droit de Caen, par M. J.-H. PERIN, avocat, membre de la Société des antiquaires de Normandie.— Paris, A. Durand; Caen, Le Gost; juillet 1859. Brochure in-8, tirée à cinquante exemplaires numérotés sur papier vergé.

Dans l'ancienne Université, le titre de *docteur* appartenait à celui qui avait passé par tous les degrés d'une Faculté, et qui était autorisé, en cette qualité, à enseigner la science ou l'art que professait cette même Faculté. Toutefois, ceux qui n'avaient pas obtenu leurs titres, selon les formes réglées, ne jouissaient pas des priviléges universitaires; il en était de même des docteurs créés par bulle du pape, *bullati doctores* ou *codicillares* [1]. Dans notre Université actuelle, il n'y a de différence avec cet état de choses que l'agrégation. Cette qualification de *docteur* fut créée, dit-on, vers le milieu du douzième siècle, pour succéder à celle de *maître*, devenue trop commune [2]. Selon une autre

[1] Rebuffe, *Tract. ad concord.*, tit. *De coll.* — *Code Henri III*, liv. XI, tit. 1er; Paris, 1609.

[2] *Dictionnaire de Trévoux.*

opinion, ce grade fut institué à l'image de la chevalerie, pour élever la science au niveau de la force. « Le titre de *chevalier* et de *comte* en droit, donné aux docteurs en droit civil et canonique, fut un des germes du progrès social qui devait s'accomplir [1]. » Les colléges des docteurs en droit, appelés en beaucoup de pays *juges*, étaient consultés de très-loin dans les cas difficiles, et leur avis tenait lieu de sentence, ainsi que l'observe un historien économiste [2].

Les docteurs en droit étaient de trois sortes : les docteurs en droit civil, les docteurs en droit canon, les docteurs *in utroque jure*. Depuis la révocation de l'édit de Nantes, on ne connut plus, dans le royaume de France, que des docteurs en droit civil seulement, lesquels étaient à la fois docteurs en droit civil et en droit canon.

Nous n'entrerons pas dans l'étude des ordonnances, et notamment de celles de 1679, 1682 et 1703, relatives à cette matière [3].

Mais quelles étaient les études à faire et les épreuves à subir pour prétendre au plus haut degré conféré par les Facultés de droit? L'élève en droit, qui voulait alors arriver au grade de bachelier, devait suivre les cours pendant trois ans. Après quatre ans il pouvait prétendre à la licence ; après cinq ans, au doctorat. Telles étaient la division et la durée de l'enseignement dans les écoles de droit civil. Pour donner à l'étude du droit canonique une distribution semblable, l'œuvre de Gratien fut divisée en trois parties. La première, composée de cent et une distinctions, est destinée à ceux qui veulent être bacheliers; la seconde partie, qui comprend trente-six cas ou espèces, avec les questions qui s'y rattachent, doit être apprise par les aspirants à la licence. La troisième, relative à la consécration, est l'objet des études de ceux qui ambitionnent le titre de docteur [4]. La pragmatique sanction fixa le temps d'études à sept ans pour les docteurs ès lois et en décret; pour les bacheliers en droit canon

[1] Cibrario, *Economie politique du moyen âge*, introduction.

[2] *Ibid.*, t. II, p. 41. Ces colléges existent encore en Allemagne sous le titre de *Spruch-Collegium*.

[3] Nous renvoyons au *Recueil des anciennes lois françaises*, par Isambert; Table, vis UNIVERSITÉS, UNIVERSITÉ D'ANGERS, etc.

[4] M. Faillar, conseiller à la Cour impériale de Douai, *Notice de manuscrits concernant la législation du moyen âge* (à la suite du Catalogue des manuscrits de la bibliothèque de Douai).

ou civil, s'ils étaient nobles de père et de mère, trois ans, sinon cinq ans [1] : prérogative singulière, lorsqu'il s'agit du temps nécessaire puur mériter un titre universitaire.

Des secours étaient fréquemment donnés par les princes aux sujets qui étudiaient dans les universités [2]. Nous en prendrons deux exemples au hasard. Un document des archives municipales de Blois porte : « De par le comte de Blois, nostre receveur de Blois, nostre amé clerc et conseiller maistre Jehan Jacobert de Hornaing a intencion de estre docteur en lois asses briefment et faire la feste à Orléans. Sy li avons donné et octroié, en aide de faire la dicte feste et de prendre ledit estat de docteur, la somme de chincquante frans de Franche, — le premier jour de jenvier l'an mil CCC^c LXVIJ. » (M. de Laborde, *les Ducs de Bourgogne*, deuxième partie, t. III, p. 19, n° 5363.) En 1471, la duchesse d'Orléans aidait de même un religieux de l'ordre des jacobins, pour aller étudier et se faire recevoir docteur à Paris. (M. de Laborde, *loc. cit.*, deuxième partie, t. III, p. 409, n° 7084 ; voir aussi n° 7224.)

Après ces quelques notes d'histoire rapidement jetées, nous en arriverons à conclure qu'on n'a pas approfondi assez sérieusement les choses de notre passé universitaire, quoique pourtant elles ne manquent pas d'intérêt. Aussi avons-nous pensé depuis longtemps qu'il y avait là le sujet d'une étude à essayer, sur les différents grades conférés par les Facultés de droit en général. Toutefois il ne suffisait point de poser ce titre d'un livre utile, s'il ne se rencontrait pas d'auteur qui l'entreprît Or, nous estimerons l'avoir trouvé, si cet historique est retracé par la main qui a composé la brochure dont nous avons transcrit le titre et que nous analyserons.

M. J. Perin, en effet, en écrivant cet important chapitre des *Annales de l'enseignement juridique*, a dû certainement prendre goût à la recherche et à la discussion critique de ces faits. En outre, il serait suffisamment préparé pour se livrer à cette composition, s'étant familiarisé avec les œuvres rares des recteurs, antécesseurs ou professeurs et avocats, qui ont consigné des notions sur les études de leur temps et pays respectifs, tels que Pierre de Lesnauderie (*Opusculum de doctoribus et privilegiis eorum ;*

[1] *Code Henri III*, liv. XI, tit. VI.

[2] Cibrario, *Economie politique du moyen âge*, t. II, p. 41, note 3.

Paris, 1516); de Paul Voët (*De usu juris civilis et canonici in Belgio unito, deque more promovendi doctores utriusque juris, etc., liber singularis;* Ultrajecti, 1657); d'Antoine Bruneau, avocat au parlement de Paris, qui offre, en *abbrégé,* l'institution et fondation des vingt universités de France, *et les noms des docteurs les plus connus dans le droit civil et canon, leurs actions principales et leur mort* (Paris, 1686); et autres tels que : *De Medicinæ, Litterarum ac Legum doctoribus eorumque privilegiis et salariis* (Lugduno-Batavæ, Academiæ dissertatio juridica inauguralis, etc.). Il suffirait donc à l'auteur de s'y résoudre pour que, continuant le travail commencé, il atteignît honorablement le but désiré. Nous espérons qu'il a l'intention de persister dans l'achèvement de cette tâche dont nous ne le tenons pas quitte; il n'a voulu, sans doute, qu'en détacher par avance un premier essai, comme pour essayer la mesure de ses forces sur ce terrain nouveau.

Le doctorat à la Faculté de droit de Caen, tel est le titre de cette publication dont il est temps de parler. La Faculté normande, à laquelle nous inclinons à assigner le premier rang entre les Facultés de province, si nous considérons l'illustration de son doyen et de ses maîtres, ainsi que le succès obtenu dans les concours par ses élèves, méritait assez la préférence, pour qu'on commençât par elle. Cette notice a deux divisions : dans la première, l'auteur a exposé les phases diverses de la Faculté des droits civil et canonique de l'ancienne université de Caen, aïeule de l'école actuelle; cette étude d'histoire littéraire de la province de Normandie attachera beaucoup de lecteurs, et particulièrement les érudits de notre belle province; ces seules pages de la brochure suffiraient pour la faire rechercher. La seconde division traite des matières universitaires; elle développe l'enseignement relatif au doctorat, tel qu'il est réglementé à la Faculté de droit de Caen. Enfin suit une liste indiquant les noms de tous les docteurs promus par elle, jusqu'au jour de l'impression, avec la constatation, difficile à établir, des diverses conditions sociales par lesquelles chacun d'eux a passé jusqu'à celle qu'il occupe présentement.

J. LAIR,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

PRINCIPES

DE

L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE

A ROME ET A CONSTANTINOPLE

JUSQU'A L'ÉPOQUE DE JUSTINIEN.

DES LIMITATIONS APPORTÉES PAR LES LOIS

AU DROIT DE PROPRIÉTÉ

TANT DANS L'INTÉRÊT GÉNÉRAL QUE DANS L'INTÉRÊT PRIVÉ.

Les Romains donnaient une définition de la propriété qui est devenue classique ; ils disaient qu'elle est : *plena in re potestas*, et lorsqu'il s'agissait de décomposer cette puissance entière, les jurisconsultes adoptaient une division triple : 1° *jus utendi*, le droit d'user de la chose ; 2° *jus fruendi*, le droit d'en retirer tous les avantages ; 3° *jus abutendi*, le droit d'aliéner, de disposer et même de détruire la chose dont on est propriétaire.

De cette division découle la conséquence que le maître d'un objet peut transférer à autrui soit la totalité, soit une partie de ses droits. Nous n'avons pas l'intention de nous occuper ici de ces aliénations volontaires, mais bien d'une série de circonstances dans lesquelles la propriété est atteinte par la volonté directe et immédiate du législateur. Là on peut rencontrer : soit une privation entière de la propriété, soit des restrictions apportées à l'exercice des droits du propriétaire.

Nous voulons étudier seulement ce second point de vue, mais en laissant de côté ce qui touche aux impôts, aux confiscations, à l'accession, etc. En un mot, nous voulons essayer de résumer les principes de ce qu'on appelle en droit français : l'*expropriation pour cause d'utilité publique* et les *servitudes légales*.

On est facilement d'accord sur le sens des mots : *expropriation pour cause d'utilité publique ;* ils signifient : la prise d'une pro-

priété tout entière soit par l'Etat, soit par une fraction de cet être moral. Mais ce n'est pas une spoliation ; en principe, le particulier reçoit une indemnité équivalente ; de telle sorte qu'on ne lui impose, dans l'intérêt de tous, qu'un sacrifice de satisfaction individuelle. Peut-être l'exproprié mettrait-il au-dessus de toute indemnité la faculté de garder sa chose : *Finge*, comme dit Celsus (fr. 38, *De rei vindicatione*, Dig.), *aliquem laribus avitis carendum ;* n'importe, l'intérêt général doit faire céder la volonté d'un seul, car la société n'est possible qu'à la condition de sacrifices, plus ou moins considérables, faits par chacun de ses membres.

Quant aux *servitudes légales*, il faut s'entendre sur la signification vraie de ces mots. Il n'y a point là des charges imposées à un fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds appartenant à un propriétaire différent ; les servitudes légales sont uniquement des limitations apportées à la *plena in re potestas* dans l'intérêt général, et dès lors on peut les considérer comme des expropriations partielles pour cause d'utilité publique directe ou indirecte. *Directe*, lorsque le propriétaire, limité dans l'exercice de son droit, se trouve en présence de la société elle-même ; *indirecte,* lorsque la loi l'oblige à faire un sacrifice partiel de ses droits ou de leur exercice en faveur d'un particulier, parce qu'il doit en résulter un fait économique réagissant sur la prospérité ou la tranquillité générale.

Prenons quelques exemples dans la législation française, pour bien faire saisir notre pensée.

L'article 643 du Code Napoléon enlève au propriétaire d'une source le droit de la détourner, lorsqu'elle fournit l'eau *nécessaire* aux habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau...

Voilà une expropriation partielle directe ; le *jus utendi, fruendi, abutendi* est diminué sans qu'il y ait désinvestissement définitif du propriétaire ; de telle sorte que si la commune cessait d'avoir besoin de cette eau, la servitude disparaîtrait ; le maître du fonds reprendrait la libre disposition de sa source. C'est dans le même ordre d'idées qu'il faut placer les servitudes imposées aux fonds qui sont dans les diverses zones des places de guerre. La défense de bâtir, de creuser des fossés, de faire des amas de matériaux constitue une limitation apportée à l'exercice du droit de propriété en ce qui touche le *jus utendi* et

fruendi; or, il est incontestable que si la place forte est déclassée, toutes ces restrictions disparaissent.

Si nous prenons, au contraire, les articles 661 et 682 du Code Napoléon, nous rencontrons ce que nous proposerions d'appeler l'expropriation pour cause d'utilité publique indirecte. Dans le premier cas, j'ai fait bâtir un mur sur la limite de mon terrain; le voisin, qui veut construire une maison, me propose d'acheter la moitié de ma muraille. En principe, un propriétaire peut refuser de vendre sa chose; ici il ne le peut pas. Au premier abord, il semble que le voisin profitera seul de l'économie qu'il va faire en ne payant que la moitié d'un mur, mais on voit bien vite que l'intérêt général est également en jeu, puisque l'on évite ainsi une dépense inutile, une perte de terrain, etc. Il y a là une question d'économie politique cachée derrière un fait d'intérêt particulier.

Il en est de même lorsque le propriétaire d'un fonds enclavé contraint un voisin à lui vendre un passage jusqu'à la voie publique; on évite une diminution de la richesse sociale, puisque l'on conserve la possibilité de cultiver un champ, qui sans cela serait resté stérile[1].

Ces principes se retrouvent-ils dans le droit romain? Oui, sans aucun doute, parce que dans toutes les sociétés organisées on rencontre les mêmes besoins généraux; seulement les développements, les applications varient suivant les temps et suivant le génie des peuples. Partout, chez les nations civilisées, on a des travaux publics à faire : routes, aqueducs, remparts des villes, temples, etc., dès lors, partout on retrouve la nécessité de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le simple bon sens suffit pour faire comprendre que le droit individuel doit céder devant l'intérêt général. Prenons un exemple : pour fortifier une ville, pour la mettre à l'abri des attaques de ses ennemis, il faut mener une fortification jusqu'à la mer. Le propriétaire du terrain nécessaire déclare qu'il ne veut pas céder son champ; que la ville soit saccagée, que la population soit massacrée, que lui importe? Il veut garder sa chose. Et il faudrait ou que l'on émigrât en masse, ou que l'on restât sans cesse ex-

[1] *Adde*, dans le droit français, les lois sur les irrigations et sur le drainage, etc.

posé aux plus grands dangers pour respecter ce brutal égoïsme ! Non, cela n'a jamais eu lieu ; la loi qui serait impuissante à briser cette résistance serait une loi inepte. Nous ne voulons pas dire que chez tous les peuples on ait également prévu et codifié ces cas, mais nous croyons pouvoir affirmer que le principe se retrouve partout, parce qu'il est nécessaire à l'existence et au développement de la société.

Nous avons lu dans quelques auteurs et dans quelques thèses de doctorat que l'expropriation pour cause d'utilité publique était inconnue à Rome. Nous combattrons bientôt cette allégation par des textes précis ; mais sans même recourir aux monuments législatifs, comment une pareille pensée peut-elle venir à l'esprit ? Il n'y a pas de peuple au monde qui ait fait plus de travaux publics que les Romains ; leurs routes seules s'étendaient depuis la mer Noire jusque dans la Grande-Bretagne[1] ; on sait que la ligne droite était la direction toujours suivie, et il aurait suffi du mauvais vouloir d'un propriétaire pour arrêter le développement de la voie Appienne, par exemple ? Cela n'est pas croyable.

Cependant, pour établir l'opinion que nous combattons, on cite un passage de Suétone dans la vie d'Octave Auguste, ch. LVI; il dit : « Forum angustius fecit, non ausus *extorquere* possesso- « ribus proximas domos. » Mais on ne fait pas attention qu'il s'agit ici d'un travail fait, non pas aux frais de l'Etat, mais aux frais d'Auguste agissant comme simple citoyen, voulant contribuer à l'ornement de Rome. Suétone le dit lui-même dans son chapitre XXIX. « Publica opera plurima exstruxit : ex quibus « vel præcipua, Forum cum æde Martis Ultoris...,» et il ajoute : « quædam etiam opera sub nomine alieno, nepotum scilicet et « uxoris sororisque fecit... sed et ceteros principes viros sæpe « *hortatus est*, ut pro facultate quisque monumentis vel novis, « vel refectis, et excultis, urbem adornarent. Multaque a multis « exstructa sunt... » On comprend que dans ces circonstances les particuliers pouvaient refuser de vendre leurs maisons à d'autres *particuliers* qui voulaient s'illustrer par leurs libéralités[2]. Mais, nous le répétons, nous établirons bientôt, par les

[1] Voir Bergier, *Histoire des grands chemins de l'empire romain*, livre III, et *passim*.

[2] C'est encore à ce genre de travaux qu'il faut rattacher le texte de Ci-

textes les plus formels, que pour les travaux publics la résistance individuelle cédait devant l'intérêt général.

Une fois le principe admis, nous devons ajouter une explication. Chez nous, et depuis quelques années seulement, il y a une législation précise sur ces matières, encore n'y est-on arrivé qu'après bien des tâtonnements[1]; toutefois, nous avons déjà des règlements administratifs, des commentaires bien faits, des décisions des tribunaux judiciaires ou administratifs. Pour le droit romain, il en est autrement; nous ne pensons pas qu'il y ait eu une codification spéciale de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Les lois qui existaient sont perdues en grande partie; il faut rechercher un à un les textes ou les renseignements épars. Aucun auteur, à notre connaissance, ne s'est encore occupé spécialement de cette partie de la théorie de la propriété; cependant, tout en n'espérant poser que des jalons, nous n'avons pas cru devoir reculer devant ce travail long et aride, car il nous a paru utile, même au point de vue de l'enseignement dans les facultés. On insiste beaucoup, dans les cours, sur les modes constitutifs de la propriété quiritaire, sur les servitudes établies par le fait de l'homme, mais on laisse de côté presque toutes les limitations venant directement de la loi; cela tient à ce que les textes élémentaires sont à peu près muets sur ce point.

Disons, en terminant cette introduction, qu'il ne nous a pas été possible de suivre régulièrement le développement historique de la matière; nous nous plaçons à l'époque de Justinien, en rattachant au *Corpus juris* tous les textes qui ont précédé.

Voici le plan que nous suivrons :

Première partie : De l'expropriation totale pour cause d'utilité publique.

A. Cas dans lesquels avait lieu l'expropriation. B. Choses sur lesquelles elle s'exerçait. C. Par qui était prononcée l'expropriation. D. Formes et conditions de l'expropriation. E. Calcul et payement de l'indemnité.

Deuxième partie : Restrictions apportées à l'exercice du

céron, *Ad Atticum*, liv. IV, 16 : *Cum privatis non poterat transigi minore pecunia.*

[1] Voir les lois du 16 septembre 1807; du 8 mars 1810; du 7 juillet 1833; du 3 mai 1841, et le sénatus-consulte du 25 décembre 1852.

droit de propriété par des raisons d'utilité publique directe, c'est-à-dire servitudes légales dans l'intérêt public.

TROISIÈME PARTIE : Restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété par des raisons d'utilité publique indirecte, c'est-à-dire servitudes légales dans l'intérêt des particuliers.

PREMIÈRE PARTIE.

De l'expropriation totale pour cause d'utilité publique.

SECTION A. *Cas dans lesquels avait lieu l'expropriation.*

En principe, l'expropriation n'avait lieu que pour des causes d'utilité publique. Si tout l'Etat était intéressé, nous avons déjà démontré par le raisonnement la nécessité de l'expropriation.

Mais faut-il aller plus loin, et les personnes morales, dont l'agrégation formait l'Etat romain, pouvaient-elles y avoir recours ; ainsi les villes, les municipes, les *pagi*, les *vici*, les corporations organisées ?

Pour les municipes et les *pagi*, le doute ne nous semble pas possible, car ils avaient à faire des travaux publics importants, comme des aqueducs, des greniers pour réunir les denrées dont la prestation était faite en nature ; des routes, dont l'entretien était surveillé par des magistrats spéciaux, puisque nous lisons dans Siculus Flaccus : « Vicinales autem viæ, de publicis quæ diver-« tuntur in agros, aliter muniuntur per pagos, id est per *magis-« tros* pagorum, qui operas a possessoribus ad eas tuendas exi-« gere soliti sunt. » (Siculus Flaccus, p. 27, édition de Giraud.) Nous trouvons également au Code Théodosien un texte qui nous paraît fournir un argument : en l'an 425, les empereurs Honorius et Théodose ordonnent à Valentinien, préfet de la ville de Constantinople, d'exproprier des maisons pour augmenter l'étendue des *exedræ* (salles de conférences) attenantes à une partie des écoles publiques de la ville (loi 53, *De operibus publicis*. Code Théod., liv. XV, tit. Ier) : « Vicinarum spatia cellularum « ex utriusque lateris portione oportet adjungi, ne quid aut mi-« nistris eorumdem locorum desit aut populis. » On pourrait cependant objecter que si cette expropriation a lieu dans l'intérêt de la ville de Constantinople, elle est ordonnée par les empereurs ; mais voici un cas où la même difficulté ne se pré-

sente plus. Le jurisconsulte Ulpien, énumérant les charges qui pèsent sur l'usufruitier, y comprend l'obligation où étaient quelquefois les propriétaires de vendre aux municipes leurs denrées à un prix très-bas : « Nam solent possessores certam par-« tem fructuum *municipio* viliori pretio addicere. » (Fr. 27, § 3, *De usufructu*, Dig., 7, 1.) Nous retrouverons cette obligation de vendre des denrées comme existant de cité à cité. (Voir la loi 2, Code Just., *Ut nemini liceat*, liv. X, tit. XXVII.)

Nous ne pensons point que les corporations, telles que celles des *pistores*, des *navicularii*, des *fabricenses*, etc., bien que très-vigoureusement organisées, aient pu arriver à l'expropriation dans leur propre intérêt.

Nous dirons donc que l'expropriation pour cause d'utilité publique avait lieu : 1° dans l'intérêt de l'Etat; 2° dans l'intérêt des cités régulièrement organisées.

SECTION B. *Sur quelles choses peut porter l'expropriation totale.*

D'abord sur les immeubles, mais nous devons faire une remarque : dans notre législation, l'expropriation ne porte que sur la partie utile aux travaux publics ; l'administration n'est obligée à prendre la totalité du fonds que dans le cas de l'article 50 de la loi du 3 mai 1841. Il semble qu'à Rome il en était autrement, et que les propriétaires avaient le droit de faire acheter tout le champ dont une partie était nécessaire. Frontinus, dans son traité *De aquæductibus urbis Romæ*, n° 128, s'exprime ainsi : « Posset hoc senatusconsultum æquissimum « videri, etiamsi ex Rei tantum publicæ utilitate ea spatia vin-« dicarentur : multo magis, cum majores nostri, admirabili « æquitate, ne ea quidem ERIPUERE privatis, quæ ad modum « publicum pertinebant. Sed cum aquas perducerent, si diffici-« lior possessor in parte vendenda fuerat, pro *toto agro* pecuniam « intulerunt, et post determinata necessaria loca, rursus eum « agrum vendiderunt, ut in suis finibus proprium jus tam Res « publica, quam privata haberent. » Dans ce texte, Frontinus constate que jamais on n'avait admis le principe de la dépossession du propriétaire sans indemnité (*eripere*), mais on le forçait à vendre la totalité de son champ ; nous ne pensons pas qu'il faille limiter ce droit aux conduites d'eau, il est proba-

ble qu'il devait en être de même pour la confection des routes.

Quant aux maisons, sans multiplier les citations, nous nous contenterons de transcrire la loi 9 au Code Justinien, *De operibus publicis*, liv. VIII, tit. XII.

Imperatores Theodosius, Arcadius et Honorius Augusti Aureliano prœfecto urbis :

« Si quando concessa a nobis licentia fuerit exstruendi, id « sublimis magnificentia tua sciat esse servandum, ut nulla « domus inchoandæ publicæ fabricæ gratia diruatur, nisi usque « ad *quingenta* libras argenti pretii taxatione æstimabitur. De « ædificiis vero majoris pretii ad nostram scientiam referatur, « ut, ubi amplior poscitur quantitas, imperialis extet auctoritas. »

Cette loi est de l'an 393 ; elle contient des données dont nous aurons à nous servir plus tard ; constatons seulement, dès à présent, que les empereurs prévoient le cas de maisons prises pour faire des travaux publics sur leur emplacement.

Les lois de Rome et de Constantinople étaient allées plus loin que la législation française, car elles admettaient l'expropriation même pour les objets mobiliers.

Nous avons déjà dit que les municipes pouvaient dans certaines occasions prendre des denrées aux particuliers, *etiam viliori pretio ;* ce droit appartenait également au fisc, c'est ce qu'on appelait : *fusiones fisco prœstare.* Nous lisons dans la loi 2 au Code Justinien : *Ut nemini liceat*, liv. X, tit. XXVII : « Civita- « tum incolæ, vel qui in eis aliquid possident, non cogantur « *in aliam civitatem,* vel metropolim species conferre. Sed et « si inevitabilis quædam causa id fieri exigat, *justis pretiis* quæ « in ea civitate obtinent ex qua præbentur species, eas indigen- « tibus vendant. Compensentur autem venditoribus pretia cum « auraria conlatione. » (Conf., au Code Théodosien, la loi 2, *De publica comparatione*, liv. XI, tit. XV.) On retrouve cette même règle dans les *Basiliques,* liv. LVI, tit. IX, chap. 2 ; il y est dit que cette nécessité de vendre sera décrétée par l'empereur : « Nulla unquam citra ingentem necessitatem jussionem- « que *principis* possessoribus coemptio indicatur... Nullus vero « cogatur vendere id omne quod sui usus gratia comparavit, sed « superflua tantum. » (Traduction de Fabrot.)

Tacite en ses *Annales*, liv. II, chap. LXXXVII, raconte un fait qui rentre dans notre principe d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le peuple se plaignait de la cherté du blé : « Sæ-« vitiam annonæ incusante plebe, (Tiberius) *statuit frumento pre-« tium* quod emptor penderet, binosque nummos se additurum « negotiatoribus in singulos modios. » Voilà les marchands de blé obligés de vendre à un prix déterminé, moyennant une indemnité payée par l'empereur ; il y a évidemment atteinte portée à la propriété particulière dans l'intérêt général.

Il y avait, surtout à Rome, une propriété mobilière dont on pouvait être exproprié dans bien des circonstances, touchant plus ou moins à l'utilité publique : nous voulons parler des esclaves.

Citons d'abord des cas où l'utilité publique est directement indiquée.

L'esclave qui a dénoncé le meurtre de son maître devient libre, *sententia præsidis* (loi 1, Code Just., *Pro quibus causis*, liv. VII, tit. XIII.) On ne dit point si le fisc payera une indemnité à l'héritier de la personne assassinée ; la négative est probable, car il y a service rendu à la famille comme à la société. Mais dans d'autres hypothèses l'indemnité est prévue ; ainsi nous lisons pour les esclaves qui dénoncent les faux monnayeurs : « Servi qui monetarios adulterinam monetam clandestinis sce-« leribus exercentes in publicum detulerint, civitate Romana « donentur ut eorum domini *pretium a fisco* percipiant. » (Loi 2, Code Just., *Pro quibus causis*, liv. VII, tit. XIII.) Les lois 3 et 4 du même titre contiennent la dation de la liberté et de la cité pour les esclaves qui dénoncent un rapt, qui font retrouver les déserteurs ; il est évident que le fisc devait, dans ces cas, comme pour les faux monnayeurs, indemniser les maîtres dépossédés.

Nous lisons encore dans les *Annales* de Tacite, liv. III, chap. LXVII, que le trésor public avait acheté les esclaves de Silanus pour les mettre à la torture et les faire déposer contre leur maître : « Servos quoque Silani, ut tormentis interrogarentur, « *actor publicus* mancipio acceperat. » Etait-ce là une règle générale, ou simplement une mesure ordonnée par Tibère ? Nous croirions volontiers que le principe en lui-même était discuté, car Ulpien prévoit la question dans le fr. 1 au Digeste, *De quæstionibus*, § 18 (liv. XLVIII, tit. XVIII) : « Cum quidam

« deponere pretium servi paratus esset, ut servus torqueretur « *contra dominum* : imperator noster cum divo patre suo id non « admiserunt. » Il faut conclure de ce texte que la question était douteuse, puisqu'elle a été tranchée par Alexandre Sévère et Caracalla ; mais laissant de côté le point de vue de l'interrogatoire, *in caput domini*, il est certain qu'en d'autres circonstances on pouvait faire mettre l'esclave d'autrui à la torture en offrant son estimation, sans que le maître pût, en refusant ce prix, arrêter le cours de la justice criminelle. « Si postulave- « rit accusator ut quæstio habeatur de servo adulterii accusato ; « sive voluerit ipse interesse, sive noluit, jubent judices eum ser- « vum æstimari : et ubi æstimaverint, tantam pecuniam et alte- « rum tantum, eum qui nomen ejus servi detulerit, ei ad quem « ea res pertinet, dare jubebunt. » (Fr. 27. pr., *De adulteriis*, Dig., liv. XLVIII, tit. v. *Adde* fr. 6, § 1 ; fr. 13, *De quæstionibus*, Dig., liv. XLVIII, tit. XVIII). Remarquons enfin que lorsque l'on interrogeait les esclaves *in caput domini*, par exemple lorsque le maître était accusé d'adultère ou du crime de lèse-majesté, on les vendait toujours, pour qu'ils n'eussent pas, suivant leur déposition, à craindre la vengeance du propriétaire, ou à compter sur sa reconnaissance : « Ratio autem publicandorum « servorum ea est, ut sine ullo metu verum dicant, et ne, dum « timeant se in reorum potestatem regressuros, obdurent in « quæstione ; — non tamen prius publicantur quam quæstio de « illis habita fuerit ; — sed et servi accusatoris si de his quæstio « habita sit, publicantur. » (Fr. 27, §§ 11, 12. 13, 14 ; *De quæstionibus*, Dig., liv. XLVIII, tit. v.)

En dehors du droit criminel, tantôt des principes d'humanité, tantôt des idées de religion et de morale ont fait admettre l'expropriation des esclaves.

Tout le monde connaît l'obligation imposée par Antonin le Pieux aux gouverneurs des provinces, de faire vendre, *bonis conditionibus*, les esclaves maltraités par leurs maîtres, et qui se sont réfugiés auprès de la statue de l'empereur. « Expedit enim « Reipublicæ ne quis sua re male utatur. » (Institutes, liv. I, tit. VIII, § 2.) Puis, lorsqu'il s'agit de l'esclave commun, que l'un des maîtres veut affranchir, pendant que l'autre s'y oppose, on sait comment le *jus accrescendi* venait autrefois entraver les intentions les plus libérales. Mais les empereurs éta-

blirent encore ici une sorte d'expropriation protectrice de la liberté. Justinien nous fait l'historique de cette législation dans la loi 1 au Code, *De communi servo manumisso*, liv. VII, tit. VII : « In communes servos, eorumque libertates, et quando cuidam « domino pars libertatem imponentis accrescit, nec ne, et maxi- « me inter milites qui hujus modi imponunt libertates, ambi- « guitas multa exorta est apud veteres juris auctores; et inventa « est *constitutio* apud Martianum in constitutionibus divi Se- « veri, per quam idem imperator disposuit necessitatem im- « poni heredibus militis, *comparare* partem socii et servum « libertate donare. Sed et alia constitutio divorum Severi et An- « tonini principum reperta est, ex qua generaliter necessitas « imponebatur socio partem suam socio vendere, quatenus liber- « tas servo imponatur; licet nihil lucri ex substantia socii mo- « rientis alii socio accedat, *pretio videlicet arbitrio prætoris con- « stituendo.* » Enfin Justinien conclut en décidant qu'il n'y aura plus de différence sur ce point entre les *pagani* et les *milites ;* entre les libertés données par testament ou entre vifs ; les copropriétaires doivent vendre leurs parts à ceux qui veulent affranchir, et, pour éviter toute difficulté sur le prix à payer, l'empereur le fixe dans le paragraphe 2 de cette même loi, en le faisant varier depuis 10 solides pour l'esclave ordinaire âgé de dix ans au plus, jusqu'à 70 solides pour l'esclave eunuque qui a un état.

Voici quelques autres exemples fondés sur des idées religieuses et morales.

Constantin déclare, en l'an 343, que si un maître veut prostituer une esclave chrétienne, certaines personnes pourront la racheter : « Si quis fœminas quæ se dedicasse venerationi chris- « tianæ legis sanctissimæ dinoscuntur, ludibriis quibusdam sub- « jicere voluerit, ac lupanaribus venditas faciat vile ministerium « prostituti pudoris explere, nemo alter easdem coemendi ha- « beat facultatem, nisi aut hi qui ecclesiastici esse noscuntur, « aut christiani homines demonstrantur : *competenti pretio per- « soluto.* » (Loi 1, Code Théod., *De lenonibus*, liv. XV, tit. VIII.) En 428, Théodose le Jeune alla plus loin, et dans la loi 2, au même titre, il déclara que si un *leno* forçait son esclave chrétienne à se prostituer malgré elle, les évêques, les *judices*, les *defensores civitatum* interposeraient leur autorité : « Ita ut « lenones... non amittant solam eam quam habuerant potesta-

« tem, sed proscripti pœna mancipentur exilii, metallis addi-« cendi publicis. » On sait que, déjà au temps des jurisconsultes classiques, une femme esclave devenait libre, si on la prostituait malgré la clause contraire contenue dans l'acte de vente. (Voir fr. 6, § 1, *Qui sine manumissione*; Dig., liv. XL, tit. VIII, et Code Just., liv. IV, tit. LVI : *Si mancipium ita venierit ne prostituatur.*)

Un dernier exemple curieux d'expropriation pour cause religieuse, et sans indemnité, se trouve dans la loi 56, § 3, au Code de Justinien, liv. Ier, tit. III, *De episcopis et clericis*, etc. : « His « ita dispositis, repetita lege jubemus ut nullus judæus, vel « paganus, vel hæreticus servos christianos habeat : quod si « inventi in tali reatu fuerint, sancimus servos omnibus modis « liberos esse.... In præsenti autem hoc amplius decernimus : « ut si quis ex prædictis judæis, vel paganis, aut hæreticis ha-« buerit servos nondum catholicæ fidei sanctissimis mysteriis « imbutos, et prædicti servi desideraverint ad orthodoxam fidem « venire ; *postquam catholicæ ecclesiæ sociati fuerint*, in liberta-« tem modis omnibus ex præsenti lege eripiantur..., *nihil pro* « *eorum pretiis penitus accipientibus dominis.* » On ne peut s'empêcher de remarquer que cette loi a dû opérer un grand nombre de conversions parmi les esclaves ; resterait à savoir si elles étaient sincères.

SECTION C. *Par qui était prononcée l'expropriation.*

Pour résoudre cette question, il faut distinguer les périodes historiques et les objets auxquels s'appliquait l'expropriation.

Sous la république, les travaux d'utilité générale étaient votés dans le sénat, qui déterminait les fonds qu'on devait y employer. Ensuite c'étaient ordinairement les censeurs qui exécutaient la décision ; ceci est établi par un grand nombre de textes, nous allons en citer seulement quelques-uns.

Voici ce que nous lisons dans Tite-Live, liv. XLIV, chap. XVI. Pendant la guerre de Macédoine, « censores censum idibus « decembribus, severius quam ante habuerunt... Ad opera pu-« blica facienda, quum iis dimidium ex vectigalibus ejus anni « attributum ex *senatusconsulto*, a quæstoribus esset, Ti. Sem-« pronius ex ea pecunia, quæ ipsi attributa erat, ædes P. Afri-

« cani pone Veteres ad Vertumni signum, lanienasque et taber-« nas conjunctas *in publicum* emit, basilicamque faciendam cu-« ravit, quæ postea Sempronia appellata est. »

Ailleurs, pendant la censure de Porcius Cato et de Lucius Valerius Flaccus, Tite-Live dit encore, liv. XXXIX, chap. XLIV : « Opera deinde facienda, ex *decreta* in eam rem pecunia, lacus « sternendos lapide, detergendasque, qua opus esset, cloacas, « in Aventino et in aliis partibus, qua nondum erant faciendas « locaverunt [1]. Et separatim Flaccus molem ad Neptunias aquas, « ut iter populo esset, et viam per Formianum montem. Cato « atria duo, Mænium et Titium in lautumiis, et quatuor taber-« nas in publicum emit; basilicamque ibi fecit quæ Porcia ap-« pellata est. » Ajoutons enfin le passage suivant, tiré du livre XXIV, chap. XVIII, pendant le séjour des Carthaginois en Italie : « Censores vacui ab operum locandorum cura, propter « inopiam ærarii. »

En l'absence des censeurs, les travaux publics étaient confiés aux préteurs ou à d'autres magistrats (voir Cicéron, dans son deuxième discours contre Verrès, liv. I^er^, chap. XLIX à LVIII); Frontinus, dans son commentaire *De aquæductibus*, n^os^ 6-7, nous apprend que le censeur Curius Dentatus avait fait un traité pour conduire l'Anio dans Rome. « Post biennium deinde actum « est *in senatu* de consummando ejus aquæ opere... tum *ex* « *senatusconsulto* duumviri aquæ perducendæ creati sunt : Curius, « qui eam locaverat, et Fulvius Flaccus. Curius intra quintum « diem quam erat duumvir creatus decessit : gloria perductæ « pertinuit ad Fulvium... Anno ab urbe condita DCVIII, Ser. « Sulpicio Galba, cum L. Aurelio Cotta coss., cum Appiæ « Anionisque ductus vetustate quassati, privatorum etiam frau-« dibus interciperentur, datum est *a senatu* negotium Marcio, « qui tum *prætor inter cives et peregrinos* jus dicebat, eorum « ductuum reficiendorum et vindicandorum. Et quoniam incre-« mentum urbis exigere videbatur ampliorem modum aquæ, « eidem mandatum a senatu est, ut curaret, quatenus alias « aquas, quas posset, in urbem perduceret per ampliores duc-

[1] On mettait en adjudication aux enchères l'exécution des travaux publics. Voir la table d'Héraclée dans les textes de Blondeau, p. 82, et Frontinus, *variis locis*.

« tus... Legimus apud Fenestellam in hæc opera Marcio *decre-*
« *tum* sestercium IV et octogies. »

Ainsi voilà le principe bien établi : le sénat dit quel sera le travail à faire, il vote les fonds, les censeurs ou d'autres magistrats désignés exécutent. Dès lors ce sera à ces magistrats qu'il appartiendra de désigner les propriétés privées qu'il faudra acheter à l'amiable ou exproprier en cas de résistance.

Quant aux édiles curules, ils avaient à surveiller et à entretenir les travaux publics une fois faits, plutôt que la charge de les faire construire.

Ce que nous disons pour Rome est-il également vrai pour les provinces et pour les municipes?

Dans les provinces les proconsuls, réunissant les fonctions de tous les magistrats à Rome, pouvaient ordonner des travaux publics et, par suite, des expropriations. Cependant, régulièrement, c'était encore du sénat que venait l'ordre, car les gouverneurs ne pouvaient pas établir d'impôts sur les provinces, sans un sénatus-consulte qui les y autorisait. Ulpien dit, dans le fr. 7, § 1er, au titre *De officio proconsulis*, Dig., liv. Ier, tit. XVI : « Ædes « sacras et opera publica circumire inspiciendi gratia an sarta « tectaque sint, vel an aliqua refectione indigeant : et si qua « cœpta sunt ut consummentur *prout vires ejus reipublicæ* per-« mittunt, curare debet. »

Dans les municipes on retrouvait un sénat comme à Rome, pour voter les travaux et les fonds nécessaires, puis des magistrats pour les faire exécuter; on les appelait *operum curatores*. (Voir fr. 17, § 7, *De usuris*; Dig., liv. XXII, tit. Ier. ; fr. 2, § 1er, *De operibus publicis*; Dig., liv. L, tit. X.)

Dans les premiers temps de l'empire, les travaux publics furent encore décrétés par le sénat ; on en voit des exemples dans Tacite. Ainsi, au livre Ier des *Annales*, chap. LXXVI : « Eodem « anno, continuis imbribus auctus Tiberis plana urbis stagna-« verat...; sed remedium coercendi fluminis Ateio Capitoni et « L. Arruntio mandatum. » Dans le même livre, chap. LXXIX, on lit : « Actum deinde *in senatu* ab Arruntio et Ateio an, ob « moderandas Tiberis exundationes, verterentur flumina et la-« cus per quos augescit. » On voit dans ce chapitre les députés des colonies et des municipes demander dans le sénat qu'on ne change point le cours des eaux. « Auditæque municipiorum et

« coloniarum legationes... » Dans le troisième livre des *Annales*, chap. LXXII : « Iisdem diebus Lepidus *a senatu* petivit ut basili-« cam Paulli... propria pecunia firmaret ornaretque. » (*Adde* Suétone, *Tibère*, chap. XXX ; Paul, fr. 23, *De aquæ et aquæ pluviæ*, Dig., liv. XXXIX, tit. III.)

On sait comment, avec le temps, l'importance du sénat diminua sous les empereurs. Lorsque l'on consulte les textes du Code Théodosien et du Code de Justinien, on voit que les princes seuls ont le droit d'ordonner les expropriations, sauf pour les cas d'une importance médiocre, laissés à l'arbitrage du gouverneur. Valentinien et Valens, dans une loi adressée à Symmaque (anno 364), s'expriment ainsi : « Intra urbem Romam æternam, « nullus judicum novum opus informet, quotiens serenitatis « nostræ arbitria cessabunt. » (Loi 11, *De operibus publicis ;* lois 31, 37, *eod.* ; Code Théod., liv. XV, tit. 1er ; loi 13, *De operibus publicis;* Code Just., liv. VIII, tit. XIII.) Cependant si les travaux sont urgents, les gouverneurs devront veiller à ce qu'ils soient faits. « Rectores provinciarum quodcumque opus « inchoandum esse necessario viderint in aliqua civitate, id arri-« pere non dubitent. Si civitatis ejus respublica tantum in *tertia* « pensionis parte non habeat quantum inceptæ fabricæ poscat « impendium, ex aliarum civitatum reipublicæ canone præsu-« mant, *tertiæ* videlicet portionis. » (Loi 18, Code Théod., *De operibus publicis*, liv. XV, tit. 1er.) Il s'agit ici des travaux de défense au point de vue militaire, auxquels on appliquait le tiers des impôts. La loi 26 du même titre nous appprend que ces fonds doivent être remis dans chaque province aux *majores civitates* par les *minores* : « Quotiens clariores urbes per singu-« las quasque provincias, expensis propriis et vectigalibus, ma-« jorem pecuniam absolvendi cujuslibet operis necessitate de-« poscunt, id ex minorum viribus vindicetur. » Pour la ville de Rome, nous avons vu qu'il fallait l'ordre de l'empereur, et nous savons aussi, par la loi 30 au Code Théodosien, *De operibus publicis*, liv. XV, tit. 1er, et la loi 9 au Code de Justinien, *De operibus publicis*, liv. VIII, titre XII, que pour exproprier les maisons valant plus de cinquante livres d'argent, il fallait en référer au prince.

Au Digeste nous retrouvons cette même obligation ; déjà Macer disait : « Publico vero sumptu opus novum sine *principis*

« auctoritate fieri non licere, constitutionibus declaratur. » (Fr. 3, § 1er, D., *De operibus publicis*, liv. L, tit. x.) Les Novelles reproduisent ce principe ; l'empereur ordonne les expropriations ; Justinien, dans sa Novelle VII, chap. II, § 1er, déclare que l'empereur pourra prendre même les immeubles des églises « si qua « communis commoditas est ad utilitatem reipublicæ respi- « ciens. » *Adde* Novel. CXX, chap. Ier ; Novel. XXV, chap. IV, § 1er ; Novel. XXVI, chap. IV ; Novel. XXX, chap. VIII, dans lesquelles on distingue toujours les travaux nouveaux des simples travaux d'entretien.

SECTION D. *Formes et conditions de l'expropriation pour cause d'utilité publique.*

Lorsqu'il s'agissait de travaux importants, on commençait par faire une sorte d'enquête de *commodo et incommodo* ; ainsi nous avons vu, dans les *Annales* de Tacite, liv. Ier, tit. LXXIX : *Auditæque municipiorum et coloniarum legationes*... L'historien ajoute : « *Seu preces coloniarum*, seu difficultas operum, sive su- « perstitio, valuit, ut in sententiam Pisonis concederetur qui nil « mutandum censuerat. » Au Code de Justinien nous trouvons une loi d'Alexandre (anno 225), qui mentionne encore l'enquête. Un propriétaire veut convertir en jardin le sol de sa maison écroulée, le *præses* statuera, après s'être assuré qu'il n'y a pas d'opposition de la part des magistrats du lieu : *item vicinorum* (loi 3, Code Just., *De ædif. privat.*, liv. VIII, tit. x).

La dépossession devait avoir lieu en vertu de l'*imperium* du fonctionnaire qui désignait les terrains sur lesquels devaient porter les travaux. On sait qu'en France, d'après la loi du 16 septembre 1807, la dépossession était opérée par le seul fait de l'autorisation des travaux ; le droit des propriétaires ne consistait plus qu'en une créance contre l'administration. Nous pensons que c'était là le système suivi dans l'empire romain.

Quant au principe de l'indemnité, il est mentionné à peu près partout, à côté du principe d'expropriation. Nous avons déjà vu, dans Frontinus, *De aquæductibus*, n° 128, qu'on achetait en entier le terrain de celui qui ne voulait pas en céder une partie à l'amiable ; le même auteur nous a transmis les termes d'un sénatus-consulte fait sous le consulat de Quintus Ælius Tubero

et Paullus Fabius Maximus : « Ex agris privatorum terram, li-« mum, lapidem, testam, arenam, ligna cæteraque, quibus ad « eam rem opus esset, unde quæque eorum proxime sine inju-« ria privatorum tolli, sumi, portari possint, *viri boni arbitratu* « *æstimata* darentur, tollerentur, sumerentur, exportarentur et « ad eas res omnes exportandas, earumque rerum reficiendarum « causa, quotiens opus esset per agros privatorum sine injuria « eorum itinera, actus, paterent, darentur. » (Frontinus, *De aquæductibus*, n° 125.)

Au Code Théodosien, les empereurs, en ordonnant d'exproprier des maisons pour agrandir les *exedræ* des écoles de Constantinople, ajoutent : « Sane si qui memoratas cellulas probabuntur « vel imperatoria largitate, vel quacumque alia donatione, « aut emptione legitima possidere, eos magnificentia tua *compe-« tens pro hisdem de publico pretium debebit* accipere. » (Loi 53, Code Théod., *De operibus publicis*, liv. XV, tit. Ier.) Dans la Novelle VII, chap. II, Justinien, parlant des fonds pris aux églises ou aux monastères, dit : « Undique sacris domibus *indemnitate* « servata et recompensanda eis, ab eo qui percepit, æqua aut « etiam majore quam data est. »

Pour les esclaves enlevés à leurs maîtres nous avons trouvé la même règle (lois 1 et 2, Code Théod., *De lenonibus*, liv. XV, tit. VIII, *Pretio competenti persoluto;* au Code de Justinien, loi 2 et l. 3, *Pro quibus causis servi*, liv. VII, tit. XIII ; *Ut eorum domini pretium a fisco percipiant*). Pour les denrées qu'il faut vendre aux villes, voir loi 2, Code Just., *Ut nemini liceat*, liv. X, tit. XXVII, et les *Basiliques*, liv. LVI, tit. IX, chap. 2.

Il y avait cependant quelques exceptions à cette règle, mais c'est qu'alors l'expropriation prenait un caractère de pénalité ; ainsi, lorsque l'on prive les juifs et les hérétiques de leurs esclaves chrétiens : « Nihil pro eorum pretiis penitus accipientibus do-« minis. » (Loi 56, § 3, Code Just., *De episcopis*, liv. Ier, tit. III.)

Suétone nous dit, en parlant de Vespasien, chap. VIII : « De-« formis urbis veteribus incendiis ac ruinis erat : vacuas areas « *occupare* et ædificare si possessores cessarent, *cuicumque* per-« misit. » Il y a là une sorte d'expropriation au profit de ceux qui construisent sur les terrains des propriétaires négligents. (Conf. fr. 7, Dig., *De officio præsidis*, liv. Ier, tit. XVIII, et loi 4, *eod.*, *De jure reipublicæ*, liv. XI, tit. XXIX.) Au titre du Code Justinien,

De omni agro deserto, liv. XI, tit. LVIII, on trouve une règle analogue. Dans la loi 8 on déclare qu'après deux ans, le propriétaire qui a abandonné son champ ne peut plus le reprendre à celui qui l'a mis en culture : « Nam si biennii fuerit tempus « emensum, omnis possessionis et *dominii* carebit jure qui si- « luit. » Dans la loi 11 ce délai est réduit à six mois.

Ce que nous avons dit pour les immeubles est incontestable, lorsque le possesseur a en même temps le *dominium ex jure quiritium* : mais que faut-il décider pour les fonds appartenant aux cités ou pour les fonds provinciaux, qui étaient à César ou au peuple romain ?

Nous n'avons pas l'intention de développer ici le système des concessions des terrains communaux ou provinciaux, soit en Italie, soit dans les provinces ; nous nous contenterons de rappeler qu'il y avait deux modes usités. Tantôt on concédait à perpétuité, sans se réserver le droit de reprendre ; tantôt dans la concession la reprise était prévue, ou bien il y avait un terme fixé. Paul, au Digeste, fr. 1, *Si ager vectigalis* (liv. VI, tit. III), pose la distinction : « Vectigales vocantur qui in perpetuum « locantur, id est hac lege ut tamdiu pro illis vectigal pendatur, « quandiu neque ipsis qui conduxerint, neque his qui in locum « eorum successerunt auferri eos liceat. Non vectigales sunt qui ita « colendi dantur, ut privatim agros nostros colendos dare so- « lemus. » Ceci s'appliquait aux fonds concédés par les municipes, mais on admet généralement que la règle était différente pour les concessions qui émanaient de la République romaine : elle avait toujours le droit de les reprendre et *sans indemnité* (voir Niebuhr, traduction de Golbéry, t. III, p. 183, 191, 195, 197). Seulement, sous l'empire, la révocation ne pouvait avoir lieu que par ordre de l'empereur : « Agri publici qui in per- « petuum locantur, a curatore *sine auctoritate principali* revo- « cari non possunt. » (Fr. 11, § 1er, *De publicanis et vectig.*, Dig., liv. XXXIX, tit. IV). Il y a un autre texte au Digeste qui suppose que la reprise des fonds avait lieu sans indemnité, car sans cela la question posée n'aurait pas eu d'intérêt : « Lucius Titius prædia « in Germania trans Rhenum emit et partem pretii intulit : « cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, « quæstionem retulit dicens has possessiones *ex præcepto prin-* « *cipali* partim distractas, partim *veteranis* in præmia adsignatas :

« quæro an hujus rei *periculum* ad venditorem pertinere posset? « Paullus respondit futuros casus evictionis post contractam emp- « tionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quæ « proponuntur pretium prædiorum peti posse. » (Fr. 11, *De evic- tion.*, Dig., XXI, II.) On peut rapprocher la première églogue de Virgile :

Impius hæc tam culta novalia miles habebit.

Nous arrivons donc à la conclusion que voici : En principe Rome pouvait reprendre *sans indemnité*[1] l'*ager publicus* concédé soit en Italie, soit dans les provinces. Au contraire, quand il s'agissait de fonds appartenant aux municipes, il y avait lieu à indemnité pour les fonds concédés à perpétuité ; il en était autrement si la concession avait été faite sous clause de révocation. (Conf. fr. 2 et 3, *Si ager vectigalis*, Dig., liv. VI, tit. III.)

Section E. *Calcul et payement de l'indemnité.*

Restent trois questions à examiner :

1° En quoi consistait l'indemnité donnée?

Ordinairement elle consistait en argent, *pretium competens*, comme nous l'avons vu dans plusieurs textes ; mais quelquefois on procédait autrement. Tantôt on donnait des terrains en échange de ceux qu'on avait pris, et ceci devait surtout se présenter dans les provinces dont le sol était à l'État ; tantôt on donnait certains droits. Nous en trouvons des exemples dans le Code Théodosien. La loi 50, *De operibus publicis*, liv. XV, tit. Ier, rappelle que pour faire le portique des thermes d'Honorius, on a pris des emplacements à des particuliers, et la raison en est : « Cujus decus « tantum est ut privata juste negligeretur paulisper utilitas. » Pour indemniser ceux qui ont été privés de leurs terrains, on leur donne le droit *super ædificandi*, c'est-à-dire de construire des habitations au-dessus du portique, et la loi ajoute : « Ut « contractus quidam et permutatio facta videatur. » Dans la

[1] M. de Savigny, dans son *Traité de la possession*, cite un passage d'Orose qui se rapporte à cette matière : « Eodem anno loca publica quæ in cir- « cuitu Capitolii pontificibus, auguribus, decemviris et flaminibus in pos- « sessionem *tradita* erant, cogente inopia vendita sunt. » Orose, V. 18.

loi 51, au même titre, on trouve l'espèce suivante : on avait exproprié des personnes pour construire des murailles et des tours à Constantinople ; on les indemnise en leur permettant d'habiter dans ces tours : « Turres novi muri, qui ad munitionem « splendidissimæ urbis extructus est, completo opere, præcipi- « mus eorum usui deputari, per quorum terras idem murus stu- « dio ac provisione tuæ magnitudinis ex nostræ serenitatis arbi- « trio celebratur. » Enfin, quelquefois, comme indemnité, on dispensait la personne expropriée de payer certains impôts, on établissait une compensation ; nous l'avons vu pour les denrées qu'il fallait livrer *viliori pretio :* « Compensentur autem vendi- « toribus pretia cum auraria conlatione. » (Loi 2, Code Just., *Ut nemini liceat*, liv. X, tit. XXVII.) Dans la loi 1, Code Théod., *De aquæductu*, liv. XV, tit. II, nous trouvons ceci : « Possessores « per quorum fines formarum meatus transeunt ab extraordina- « ribus oneribus volumus esse immunes. » Il est vrai que, dans ce cas, comme nous le répéterons bientôt, il y a plutôt une servitude qu'une expropriation.

2° Par qui était fixée l'indemnité à payer ?

Tout porte à croire que l'indemnité pécuniaire était fixée, en cas de contestation, par ce que nous appellerions chez nous l'autorité judiciaire ; en d'autres termes, il y avait un procès pour établir *quanti ea res erat ;* seulement, il est très-probable qu'on plaidait alors devant des *recuperatores* qui faisaient l'estimation, *boni viri arbitratu,* comme le porte le sénatus-consulte cité par Frontinus, n° 125. Dans la loi 1 au Code de Justinien, *De communi servo*, liv. VII, tit. VII, l'empereur dit : « Pretio « videlicet *arbitrio* prætoris constituendo, » ce qui est évident sous le système des *judicia extraordinaria.* Cependant Tacite, dans ses *Annales,* liv. I^er^, chap. LXXV, mentionne l'intervention du sénat pour un cas de dommage provenant des travaux publics : « Pius Aurelius senator, questus mole publicæ viæ, « ductuque aquarum labefactas ædes suas, *auxilium* patrum « invocabat. Resistentibus *ærarii prætoribus, subvenit* Cæsar pre- « tiumque ædium Aurelio tribuit. » On peut se demander si l'intervention demandée au sénat était purement gracieuse. Nous penserions volontiers qu'il en était autrement et qu'il était saisi comme devant statuer au contentieux sur la question.

Lorsque Nerva eut créé un préteur pour statuer sur les ques-

tions pendantes entre le fisc et les particuliers (fr. 2, § 32, *De orig. jur.*, Dig., liv. Ier, tit. II), il est à présumer que ce magistrat fut chargé de juger, à Rome, les questions d'indemnités réclamées pour les expropriations ou les dommages soufferts par suite de la confection des travaux publics.

3° Nous arrivons enfin à nous demander si l'indemnité devait être préalable à la dépossession.

Il serait difficile de poser l'affirmative comme une règle absolue, puisque nous avons vu que l'indemnité pouvait consister dans la concession de certains droits d'usage ou dans la dispense de payer des impôts; mais nous pensons que le plus souvent le prix était payé au moment même de la prise de possession. Pour les immeubles, cela résulte du texte de Frontinus, n° 126, *Pro toto agro pecuniam intulerunt*; quant aux autres objets, les textes sont souvent aussi précis que possible. Ulpien, fr. 13, *Communia prædiorum*, Dig., liv. VIII, tit. IV, suppose une carrière : « Si constat in tuo agro lapidicinas esse, invito te, nec « privato, nec *publico* nomine quisquam lapidem cædere po- « test, *cui id faciendi jus non est*, nisi talis consuetudo in illis « lapidicinis constat, ut si quis voluerit ex his cædere, non ali- « ter hoc faciat, nisi *prius* solitum solatium pro hoc domino « præstat. » Pour les denrées qu'on est obligé de vendre, Justinien dit également : « Quod si nihil fisco debeant ii quibus « coemptio indicitur, aut partem tantum, *prius* in nummis pon- « deris probi, aurum accipiant. » (Loi 2, Code Just., *Ut nemini liceat*, liv. X, tit. XXVII; et *Basiliques*, liv. LVI, tit. IX, chap. 2.) Lorsqu'il s'agit des esclaves chrétiennes enlevées aux *lenones*, et que l'empereur Constantin exige le payement du *pretium competens*, il est évident qu'il ordonne une numération immédiate.

Nous dirons donc encore une fois que si l'indemnité préalable n'est pas toujours imposée, il faut cependant la considérer comme la règle générale, ce qui concorde du reste avec le respect habituel des Romains pour les droits des particuliers.

En résumé, des recherches qui précèdent il résulte : 1° que la *plena in re potestas* (la propriété) pouvait être enlevée à quelqu'un, pour cause d'utilité publique; 2° que le propriétaire dépossédé recevait ordinairement une indemnité calculée judiciairement; 3° que cette indemnité, le plus souvent fixée en argent, était payée préalablement à la dépossession.

DEUXIÈME PARTIE.

Restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété par des raisons d'utilité publique directe[1].

Dans la première partie nous avons supposé que la propriété tout entière était enlevée au maître ; souvent, dans la pratique, la loi, tout en laissant le *dominium*, y porte atteinte, et le diminue en obligeant soit à souffrir certaines choses, soit à s'abstenir de certaines autres. Cela repose sur le principe que celui qui vit dans une société organisée doit se soumettre à certains sacrifices dans l'intérêt de tous, car il y a *réciprocité*.

Cette idée de réciprocité est importante ; elle explique comment, dans bien des circonstances, les droits du propriétaire sont limités, sans qu'il puisse demander une indemnité. Ainsi, bien souvent, quand la loi défend de faire telle ou telle chose, on ne peut pas demander le prix de son abstention ; si, au contraire, il y a un dommage réel éprouvé, le principe de l'indemnité reparaît.

Pour rechercher avec plus d'ordre les cas dans lesquels les lois de Rome et de Constantinople ont ainsi limité l'exercice du droit de propriété, nous prendrons les subdivisions habituellement adoptées : *jus utendi*, *fruendi et abutendi*.

A. *Restrictions apportées au* jus utendi.

Les restrictions consisteront à réduire le propriétaire à l'inaction et à l'empêcher de faire des actes contraires à ceux qui sont actuellement accomplis.

Nous trouvons d'abord aux Institutes, liv. II, tit. 1er, § 4, que les rivages des fleuves appartiennent aux riverains, mais ils doivent souffrir certaines charges. « Itaque navem ad eas ad« plicare, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his « reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navi« gare. »

On ne peut réclamer d'indemnité pour cela, car ce que l'on

[1] On pourrait intituler cette partie : *Des servitudes légales* ; cependant ces expressions ne comprendraient point tous les cas dont nous allons nous occuper.

demande aujourd'hui à un riverain du Rhône, il peut avoir à le demander demain à un riverain de la Saône.

La loi romaine ne définit pas aussi bien que les lois françaises l'étendue de la charge imposée. Paul nous dit : « Ripa ea « putatur esse quæ plenissimum flumen continet. — Secundum « ripas fluminum loca non omnia publica sunt, cum ripæ cedant « ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam. » (Fr. 3, §§ 1 et 2, *De fluminibus*, Dig., liv. XLIII, tit. XII.) Ce sera donc une question de localité à examiner ; du reste, le préteur formule la règle dans son édit : « Ne quid in flumine publico, ri- « pave ejus facias...; ne quid in flumine publico neve in ripa ejus « immitas, quo *statio iterve* navigio deterior sit, fiat. » Un peu « plus loin, le jurisconsulte dit : « Ergo hoc interdictum ad ea « tantum flumina publica pertinet quæ sunt navigabilia, ad « cætera non pertinet. » Et enfin parmi les choses qu'on ne peut « empêcher, il cite le passage des matelots pour le halage : « Si « *pedestre iter* impediatur, non ideo minus iter navigio dete- « rius fit. » (Voir fr. 1, pr., § 1, 12, 14 ; *De fluminibus*, Dig., liv. XLIII, tit. XII.) Mais la propriété reprend son entier développement sur les cours d'eau non publics ; on reconnaît même aux riverains des cours d'eau non navigables le droit de détourner l'eau pour les irrigations : « Quominus ex publico flu- « mine ducatur aqua nihil impedit, nisi *imperator*, aut *senatus* ve- « tet, si modo ea aqua in usu publico non erit ; sed si aut naviga- « bile est aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere. »

Le voisinage des chemins publics grevait aussi les propriétaires des fonds. Le fr. 14, § 1, *Quemadmodum servitutes*, Dig., liv. VIII, tit. VI, contient ceci : « Cum via publica vel fluminis im- « petu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare « debet. » (*Adde*, fr. 1, § 6, *De itinere actuque*, Dig., liv. XLIII, tit. XIX.) On ne parle pas d'indemnité ; le principe est le même que pour les fleuves publics et navigables.

Mais nous pensons qu'il en est autrement lorsque des travaux publics il résulte ce que nous appelons, en droit moderne, des dommages permanents ou temporaires : on peut alors demander une indemnité. Ceci nous paraît résulter de divers textes que nous allons rapporter. « Cassius scribit si qua opera « aquæ mittendæ causa, publica auctoritate facta sint, in aquæ « pluviæ arcendæ actionem non venire. » — « Quod principis aut

« senatus jussu, aut ab his qui *primi* agros constituerunt, opus « factum fuerit, in hoc judicium non venit. » (Fr. 2, § 3, fr. 23, *De aqua et aquæ pluviæ*, Dig., liv. XXXIX, tit. II.) On ne peut donc pas refuser de recevoir l'eau, et on ne peut même pas demander la caution *damni infecti*. (Fr. 15, § 10, fr. 24, *De damno infecto*, Dig., liv. XXXIX, tit. II.) Mais on a le droit d'exiger une indemnité, les travaux publics ne devant pas nuire aux particuliers : « Qui vias publicas muniunt, dit Paul, sine damno vicinorum id « facere debent. » (Fr. 31, *eod.*) Et Ulpien, au fr. 24, pr., *eod.*, s'exprime ainsi : « Ad ea igitur opera stipulatio (damni infecti) per- « tinet, quæcumque privatim fiant. Quid ergo si *publice* opus « fiat ; de vitio ejus quid faciemus? et plane vel *princeps* adeun- « dus est, vel, si in provincia fiat, *præses* provinciæ. Sed quod « dictum est operis vitio sic accipiendum est, etiamsi proponas « non tantum tempore quo opus fit, sed etiamsi postea contin- « gat. » Ainsi on sera indemnisé, par décision du prince ou du *præses*, des dommages que l'on aura soufferts.

On trouve enfin au Code Théodosien une charge fort curieuse imposée aux propriétaires dans les fonds desquels il y a des carrières de marbre ; toute personne peut aller les exploiter à la condition de payer un dixième du produit au fisc et un dixième au maître du terrain : « Cuncti qui per *privatorum* loca, saxo- « rum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas « fisco, decimas etiam domino repræsentent; cætero modo desi- « deriis suis vindicando. » Cependant si la veine s'étend sous un édifice, on ne peut pas la suivre : « Si quando hujusmodi mar- « mora sub ædificiis latere dicantur, perquerendi eadem copia « denegetur. » (Lois 1, 8, 10, 11, Code Théod., *De metallis*, liv. X, tit. XIX ; *adde* Code Just., loi 3, *De metallariis*, liv. XI, tit. VI. Pour les autres carrières, conf. fr. 13, § 1, *Communia servitutum*, Dig., liv. VIII, tit. IV.)

Rappelons que d'après Frontinus (n° 125) on doit le passage aux ouvriers qui vont construire ou réparer les conduites d'eau : « Earum rerum reficiendarum causa, quotiens opus esset per « agros privatorum sine injuria eorum, *itinera... actus...* pate- « rent darentur. »

C'est encore dans les restrictions du *jus utendi* que nous croyons devoir placer les principes qui suivent.

Et d'abord on ne peut rien faire, *in suo fundo*, qui nuise aux

voies publiques : ainsi un fossé « ut ibi aqua collecta in viam « decurrat ; » ainsi une construction, « ut aqua in via collecta re- « stagnet ; » ainsi un cloaque, « si odore solo locus pestilentio- « sus fiat. » (Fr. 2, §§ 27, 28, 29, *Ne quid in loco publico*, Dig., liv. XLIII, tit. VIII.)

On détruit également tout ce qui est fait *contra ornatum urbis*, dans toutes les cités de l'empire, et tout ce qui est contraire aux règlements de voirie. Tacite nous raconte dans ses *Annales*, liv. XV, chap. XLIII, qu'après l'incendie de Rome, Néron ordonna que les maisons seraient rebâties suivant certaines dimensions : « Cæterum, urbis quæ domui supererant, non ut post Gallica « incendia, nulla distinctione nec passim erecta ; sed dimensis « vicorum ordinibus et latis viarum spatiis, *cohibitaque ædificio-* « *rum altitudine*[1]... Plus loin, il ajoute : « Nec communione pa- « rietum, sed propriis quæque muris ambirentur. »

Dans le même ordre d'idées rentrent des restrictions variées dont l'utilité est facile à concevoir.

Pour éviter les incendies, il fallait laisser un certain espace entre les édifices. On exigeait *cent* pieds entre les maisons particulières et les greniers publics, « ac si quid constructum « fuerit diruatur, » et l'on menace même l'auteur de la construction de voir confisquer ses biens (lois 4 et 38, Code Théod., *De operibus publicis*, liv. XV, tit. I) ; pour les édifices publics autres que les greniers, il fallait laisser *quinze* pieds : « Et in posterum « id aperte sancimus, ut si qui ædificandi juxta publicas ædes « animos dederit, *quindecim* pedum spatio interjecto inter pu- « blica et privata ædificia, ita sibi noverit fabricandum ut tali « intervallo et publicæ ædes a periculo vindicentur et privatus « ædificator, velut perperam fabricati loci, destructionis quan- « doque futuræ non timeat detrimentum. » (Loi 46, *De operibus publicis*, Code Théod., liv. XV, tit. I ; *adde* Code Just., loi 9, *De ædificiis privatis*, liv. VIII, tit. X.)

Nous savons par Frontin et par diverses lois qu'il était défendu

[1] D'après Strabon, Auguste avait fixé le maximum de hauteur des maisons à 70 pieds romains (20m,74). Ce maximum fut réduit à 60 pieds (17m,77) sous Trajan. Aurélius Victor, dans son *Epitome*, chap. XVIII, § 14, dit en parlant des inondations du Tibre et des tremblements de terre survenus en divers endroits : « Quibus omnibus Trajanus per exquisita re- « media plurimum opitulatus est ; statuens ne domorum altitudo sexaginta « superaret pedes ob ruinas faciles... »

de planter des arbres trop près des conduites d'eau ; on craignait que les racines ne vinssent à s'introduire dans les canaux et à occasionner des fuites qui diminueraient le volume des eaux amenées. Voici le texte de Frontinus, nos 126, 127 : « Plerumque « autem vitia oriuntur ex impotentia possessorum, qui pluri- « bus modis rivos violant. Primum enim spatia quæ circa « ductus aquarum ex senatusconsulto vacare debent aut ædi- « ficiis aut arboribus occupant. Arbores nocent, quarum radi- « cibus et concamerationes et latera solvuntur ; deinde vici- « nales vias, agrestesque per ipsas formas dirigunt ; novissime « aditus ad tutelam præcludunt ; quæ omnia senatusconsulto « quod subjeci provisa sunt : « Quod Q. Ælius Tubero Paullus « Fabius Maximus Coss. V. F[1]. aquarum quæ in urbem venirent, « itinera occupari monumentis et ædificiis et arboribus conseri... « placere circa fontes et fornices et muros utraque ex parte va- « cuos, *quinos denos pedes* patere et circa rivos qui sub terra es- « sent et specus intra urbem et extra urbem si continentia ædi- « ficia utraque ex parte *quinos pedes vacuos* relinqui, ita ut « neque monumentum in his locis, neque ædificium post hoc « tempus ponere, neque conserere arbores liceret. Si quæ nunc « essent arbores, intra id spatium exciderentur, præterquam si « quæ villæ continentes et inclusæ ædificiis essent. Si quis ad- « versus ea commiserit... deque ea re judicarent, cognoscerent- « que *curatores aquarum.* » L'espace de quinze pieds, à laisser sans arbres *dextra levaque de ipsis formis*, est encore indiqué « dans la loi 1, Code Théod., *De aquæductu*, XV, II ; mais dans la loi 6, Code Just., *De aquæductu*, XI, XLII, on le réduit à dix pieds : « Super his sancimus sulcum publicarum aquarum nullis « intra *decem* pedes arboribus coarctari, sed ex utroque latere « *decempedale* spatium integrum illibatumque servari. »

Notons enfin qu'on retrouve quelquefois dans les lois romaines des préceptes qui semblent se rapprocher de nos règlements sur les établissements insalubres, incommodes ou dangereux.

Ainsi, d'après Cicéron (*De legibus*, liv. II, XXIV, § 61, la loi des Douze Tables défendait d'établir un bûcher pour brûler les morts à moins de soixante pieds des édifices privés. « Nam quod « rogum bustumve novum vetat propius *sexaginta* pedes adjici « ædes alienas invito domino, incendium veretur acerbum. »

[1] *Verba fecerunt.*

(*Adde* Pompon., fr. 3, *De mortuo inferendo*, Dig., liv. XI, tit. VIII.) La loi des Douze Tables défendait également d'inhumer un mort dans l'enceinte de Rome : « Hominem mortuum, inquit lex in « XII tabulis, in urbe ne sepelito, neve urito. » (Cicéron, *De legibus*, liv. II, chap. XXIII, § 58.) Adrien généralisa cette prohibition et abolit tous les statuts municipaux contraires : « D. Adrianus « rescripto pœnam statuit quadraginta aureorum in eos qui in « civitate sepeliunt, quam fisco inferri jussit et in magistratus « eadem qui passi sunt; et locum publicari jussit et corpus trans- « ferri. Quid tamen si lex municipalis permittat..., post rescripta « principalia ab hoc discessum sit videbimus... » Au Code Théodosien une loi spéciale éloigne les fours à chaux d'une certaine partie de la ville : « Omnes fornaces, per omne spatium quod « inter amphiteatrum et divi Juliani portum per litus maris ex- « tenditur, tolli præcipimus, propter *salubritatem* urbis amplis- « simæ et nostrarum ædium vicinitatem, nec ulli in his locis « coquendi calcis præberi licentiam. » (Loi 5, Code Théod., *De calcis coctoribus urbis Romæ et Constantinop.*, liv. XIV, tit. VI.) En rapprochant ce texte du fr. § 2, 29, *Ne quid in loco publico*, Dig., liv. XLIII, tit. VIII, nous sommes amenés à croire qu'il y avait des dispositions de police analogues, qui ne nous ont pas été conservées dans les textes législatifs. (Conf. fr. 1, § 2, *De cloacis*, Dig., liv. XLIII, tit. XXIII.)

B. *Restrictions apportées au* jus fruendi.

Le *jus fruendi* comprend le droit de profiter de tous les produits et de tous les fruits d'une chose.

Dans les textes, il y a peu d'exemples de ces restrictions; on peut citer cependant les dispositions locales défendant de moissonner ou de vendanger avant l'époque fixée par l'autorité : « Præsides provinciarum ex consuetudine cujusque loci, solent « messis, vendemiarumque causa tempus statuere. » (Fr. 4, *De feriis*, Dig., liv. II, tit. XII.) Puis la loi 11, Code Théod., *De veteranis*, liv. VII, tit. XX, qui déclare que si les vétérans ont cultivé des champs abandonnés par les propriétaires, ils auront tous les fruits sans qu'on puisse rien leur demander *agratici nomine*. On peut enfin faire rentrer dans les restrictions apportées au *jus fruendi* la limitation du taux de l'intérêt de l'argent, aux diverses périodes de l'histoire romaine[1].

[1] Voir notre *Traité de droit romain*, t. II, p. 89.

C. *Limitations apportées au* jus abutendi.

Le *jus abutendi* est le droit de disposer de sa chose, de l'aliéner ou même de la détruire.

Ce droit est limité dans l'intérêt général, sous divers points de vue.

Ulpien nous apprend que le *censitor* doit continuer à taxer pour le même nombre de pieds celui qui a coupé ses vignes ou ses autres arbres fruitiers, afin de diminuer l'impôt qu'il avait à payer (fr. 4, § 1, *De censibus*, Dig., liv. L, tit. XV). Il paraît que cette tendance avait fait des progrès désastreux, car voici ce que nous lisons au Code Théodosien, loi 1, *De censitoribus*, liv. XIII, tit. XI : « Si quis sacrilega vitem falce succiderit, aut feracium ramo- « rum fœtus hebetaverit, quo declinet fidem censuum et men- « tiatur callide paupertatis ingenium, mox detectatus *capitale* « subibit exitium, et bona ejus in fisci jura migrabunt : illo vi- « delicet vitante calumniam qui forte detegitur laborasse pro « copia ac reparandis agrorum fœtibus, non sterilitatem, aut « inopiam procurasse. » On retrouve ce principe au Code de Justinien, mais la pénalité est laissée à l'arbitrage du magistrat, *competenti indignationi subjiciatur* (loi 2, *De censibus*, liv. II, tit. LVII). Ainsi un propriétaire ne peut pas à son gré changer les produits de son champ, surtout s'il le fait pour payer moins d'impôts.

Les sénateurs commettaient une fraude analogue : lorsqu'ils étaient désignés pour être préteurs, ils vendaient leurs biens afin de se soustraire aux charges de la préture, par exemple aux dépenses nécessitées par les jeux donnés au peuple (voir loi 15, Code Théod., *De prætor.*, liv. VI, tit. IV). Si le sénateur désigné veut vendre quelques-uns de ses immeubles, il doit faire approuver ses motifs par l'autorité supérieure : « Senator patrimo- « nium proprium in quemcumque qualibet ratione transtulerit, « imminutio ejus designationis tempore probata, non valeat ; sed « causa prius erit actis provincialibus adprobanda. » (Loi 7, *De senator.*, Code Théod., liv. VI, tit. II.)

Quelques auteurs ont écrit que les fonds dont les limites avaient été déterminées par les *agrimensores* et portées sur les plans du cadastre ne pouvaient plus être vendus par morceaux d'une mesure arbitraire. Niebuhr pense qu'alors l'aliénation devait toujours avoir lieu par fractions duodécimales, et M. Dureau de La Malle partage son opinion (*Economie politique des Romains*,

t. Ier, p. 181-182). M. Ch. Giraud réfute avec raison ce système dans son *Histoire de la propriété*, p. 129. Il fait remarquer que rien dans les textes classiques ne signale cette restriction importante au *jus abutendi* ; nous n'insisterons donc pas sur ce point.

En restreignant en quelque sorte l'étendue de l'intérêt public, nous trouvons de nouvelles atteintes à la propriété. Dans l'empire romain on avait adopté pour principe une maxime qui était devenue générale : *Ne aspectus urbis ruinis deformetur ;* aussi Ulpien dit-il, fr. 7, au titre *De officio præsidis*, Dig., liv. I, tit. XVIII : « Præses provinciæ inspectis ædificiis, dominos eorum, causa « cognita, reficere ea compellat ; et adversus detrectantem com- « petenti remedio *deformitati* auxilium ferat. » Papinien écrivait dans son traité *De officio ædilium :* « Studeant ne eorum « ant aliorum parietes etiam domorum qui ad viam ducunt sint « caduci, sed ut oportet emendent domini domorum et con- « struant. Si autem non emendaverint neque construxerint, « multent eos quousque firmos effecerint. » (Fr. 1, § 1, *De via publica*, D., LXIII, tit. X). Bien plus, si une maison a été démolie, ou si elle s'est écroulée, elle sera reconstruite aux frais du trésor public et revendue à son profit, lorsque le propriétaire du sol ne remboursera pas dans l'espace de quatre mois les sommes avancées par le fisc : « Ad curatoris reipublicæ officium spectat, « ut dirutæ domus a dominis extruantur. (§ 1.) Domum sumptu « publico extructam, si dominus *ad tempus* pecuniam impensam « cum usuris restituere noluerit, jure eam respublica distrahit. » (Fr. 46, *De damno infecto*, Dig., liv. XXXIX, tit. II ; *adde* fr. 52, § 10, *Pro socio*, Dig., liv. XVII, tit. II.)

On sait qu'il avait été également défendu de vendre et de léguer séparément les marbres ou les statues d'un édifice. « Sed « ea quæ ædibus juncta sunt legari non possunt, quia hæc legari « non posse *senatus* censuit Aviola et Pansa consulibus. Hoc se- « natusconsultum non tantum ad ædes sed ad balinea, vel aliud « quod ædificium, vel porticus sine ædibus, vel tabernas, vel po- « pinas extenditur. » On peut cependant détacher les ornements pour les transporter d'une maison à une autre, que l'on possède même dans une ville différente, ou bien quand la séparation a lieu pour appliquer les ornements à des ouvrages publics, car alors il n'y a plus la raison : *ne aspectus urbis ruinis deformetur*. « Sed si quis ad opus reipublicæ faciendum legavit ; puto

« valere legatum, nam et Papinianus, lib. 11. Responsorum, re-
« fert imperatorem nostrum et divum Severum constituisse,
« eos qui reipublicæ promiserint posse detrahere ex ædibus suis
« urbanis atque rusticis et id ad opus uti : quia hi quoque non
« promercii causa haberent. Sed videamus utrum ei soli civitati
« legari possit in cujus territorio est : an et de alia civitate in
« aliam transferre possit? Et puto non esse permittendum, quam-
« quam constitutum sit, ut de domo quam aliquis habet, ei per-
« mittatur *in domum alterius civitatis transferre*. » (Fr. 41, §§ 1, 5, 8, *De legatis*, 1° Dig., liv. XXX ; fr. 114, § 9, *eod.*) Mais Spartien nous apprend qu'Adrien « constituit inter cætera ut in nulla
« civitate domus aliquæ transferendæ ad aliam urbem ullius
« materiæ causa diruerentur. » (*Adrianus*, cap. 17; voir pourtant, loi 2, Code Just., *De ædificiis privatis*, liv. VIII, tit. x.)

Les empereurs avaient également défendu de vendre des maisons pour les démolir et trafiquer de leurs matériaux, comme faisaient chez nous les sociétés appelées *bandes noires*.
« Negotiandi causa ædificia demoliri et marmora detrahere,
« edicto divi Vespasiani et senatusconsulto vetitum est. Cæte-
« rum de alia domo in aliam transferre quædam licere exceptum
« est. Sed nec dominis ita transferre licet, ut integris ædifi-
« ciis depositis *publicus deformetur aspectus*. » (Loi 2, *De ædificiis privatis*, Code Just., liv. VIII, tit. x.) Le fr. 48, *De damno infecto*, Dig., liv. XXXIX, tit. II, nous fait connaître la sanction infligée à ceux qui violent cette défense : « Si quis ad demolien-
« dum *negotiandi* causa vendidisse domum, partemve domus
« fuerit convictus ; ut emptor et venditor *singuli pretium* quo
« domus distracta est præstent, constitutum est. Ad opus au-
« tem publicum si transferat marmora vel columnas, licito
« jure facit. » Il faut cependant noter que Paul indique l'acheteur comme directement soumis à la pénalité dans le fr. 52 (*De contrahenda emptione*, Dig., liv. XVIII, tit. I.) : « Pœna in
« cum qui adversus senatusconsultum fecisset constituta est, ut
« *duplum ejus quanti emisset*, *in ærarium inferre cogeretur* : in
« eum vero qui vendidisset ut irrita esset venditio. »

Les restrictions apportées au droit de bâtir se manifestent de la manière la plus curieuse, dans la loi 12 au Code Justinien, *De ædificiis privatis*, liv. VIII, tit. X. Cette loi de Zénon a été faite pour Constantinople, mais ses dispositions, sauf en ce qui touche

l'*aspectus maris*, ont été appliquées dans tout l'empire. (Voir loi 13, Code Just., *De œdificiis privatis*, 8, 10 : « Sancimus « eamdem constitutionem in omnibus urbibus Romani imperii « obtinere... ») Voici l'analyse sommaire de la loi 12, en ce qui nous concerne :

§ 1. Ceux qui reconstruisent des maisons anciennes, ceux qui en bâtissent de nouvelles, doivent le faire de telle sorte que l'ancien état des choses soit respecté (*ut veterem formam non excedant*), et de manière qu'ils n'enlèvent pas aux voisins la lumière et le *prospect* : *adversus ea quæ pridem constituta sunt.* S'il y a des conventions spéciales, on pourra bâtir et nuire aux voisins avec lesquels on a traité [1].

§ 2. Zénon déclare qu'il faut laisser un espace de *douze pieds* entre la maison que l'on construit et celle du voisin. On peut alors élever son édifice tant qu'on le veut, ouvrir des fenêtres *tam prospectivæ quam luciferæ.* Cependant on ne peut pas enlever au voisin l'aspect direct ou oblique de la mer, tel qu'il l'avait : *inviolatum in mare prospectum.*

§ 3. Si on reconstruit une maison sans laisser douze pieds d'intervalle, on ne pourra pas lui donner une élévation plus grande que celle qu'elle avait autrefois. On ne peut pas ouvrir de fenêtres s'il n'y a point un intervalle de dix pieds, et, même alors, on n'a droit qu'à des fenêtres *luciferæ* (sauf la *vetus forma*), et à condition qu'elles soient à *six pieds* du sol (*luciferas vero faciet, utique sex pedum servato ab imo pavimento in altum intervallo*), sans pouvoir faire à l'intérieur un faux plancher (*pseudopatum*) qui rendrait la défense illusoire.

§ 4. S'il y a un intervalle de *cent pieds* entre la maison nouvelle et les anciennes, on peut construire « etiamsi aliis domi- « bus prospectum in mare adimant [2]. » Dans ce paragraphe Zénon rappelle qu'il peut intervenir des conventions entre les particuliers, et qu'alors on les suivra.

[1] Ne serait-ce pas dans ces conventions faites contrairement à la *vetus forma*, et aux règles qui vont suivre, qu'il faut placer l'explication de la servitude *altius tollendi?* Nous le pensons. Voir notre *Traité de droit romain*, t. Ier, p. 292.

[2] *Adde* Novelle 63, sur ceux qui, au lieu de bâtir un édifice, se contentent d'élever une muraille : « Sed tanquam aliquod velum tetenderint. » On les condamne à une amende de dix livres d'or.

§ 5. Quand on veut avoir des *solaria*, sortes de balcons pour prendre le soleil l'hiver conf. fr. 17, *De servitut. præd. urb.*, Dig., liv. VIII, tit. II), il faut un intervalle de dix pieds entre ceux qui se font face (*ex adverso sese spectantia*). Si on ne peut pas conserver cette distance, on devra les construire obliquement : « Tunc solaria fiant ἐκ παραλλαγῆς, hoc est ut se invicem non ex « adverso vel ἐκ παραλλήλου respiciant, sed alternis et ex obliquo, « atque transverso... »

Les idées de religion avaient fait défendre de démolir un sépulcre et d'en transporter les ornements à des maisons de ville ou de campagne; mais on peut dire que ce n'est point là une atteinte portée à la propriété, les sépulcres étant *res religiosæ* (conf., loi 2, Code J., *De sepulchro violato*, liv. IX, tit. XIX.)

Mais voici des restrictions dont l'importance et la cause sont faciles à saisir. Le propriétaire d'un fonds sur lequel il y a des colons ne peut pas vendre la terre sans les hommes qui la cultivent : « Si quis prædium vendere voluerit, vel donare, reti« nere sibi transferendos ad alia loca, colonos privata pactione « non possit. » (Loi 2, Code Just., *De agricol. et censit.*, liv. XI, tit. XLVII.)

Puis, pour assurer l'exécution des charges qui pesaient sur les cités ou sur les corporations organisées, on décide que les habitants d'une *metrocomia* (bourgade) ne pourront vendre leurs champs qu'à un *habitator adscriptus*. « La vente à un étranger, dit M. Giraud, brisait la solidarité originaire et héréditaire des curies pour le payement de l'impôt. (Voir loi uniq., Code Just., *Non licere*, liv. XI, tit. LV.) De même les décurions ne pouvaient vendre ou donner soit leurs champs, soit leurs esclaves, sans obtenir l'assentiment *totius vel majoris partis ordinis* (lois 2, 3, *De prædiis decurionum*, Code Just., liv. X, tit. XXXIII). Enfin si les *pistores*, les *naviculavii*, ou d'autres membres des corps d'états reconnus vendent leurs immeubles, ces biens restent pendant cinquante ans grevés de toutes les charges du *collegium* : « Res enim oneri addicta est, non persona mercantis. » (Voir lois 1, 2, 7, 10, *De prædiis naviculariorum*, Code Théod., liv. XIII, tit. VI.) « Prædia rustica vel urbana quæ possident « privato jure *pistores*, nec senatorem, nec officialem comparare « permittimus, contractu pari cum aliis non interdicto; quippe « mercantes ad venditoris officium vocabuntur, super hac emp-

« tione apud præfectum Annonæ testatione deposita... » (Loi 3, *De pistoribus*, Code Théod., liv. XIV, tit. III.) « Quoniam *suariorum* corpus ad paucos devenit... Itaque dignoscant facultates « proprias suariorum esse obnoxias muneri... Suariorum vires ea « concidisse occasione comperimus, quod fundi eorum atque alia « prædia, in extraneas quasque personas multimoda donatione « transcripta sunt. Quæ sublimis eminentia tua aut ad memo- « ratorum jura revocabit, aut si eorum detentatores putaverint « abnuendum, *subeant cum his communem sarcinam.* » (Lois 1 et 5, *De suariis*, Code Théod., liv. XIV, tit. IV.)

TROISIÈME PARTIE.

Limitations apportées par la loi à l'exercice du droit de propriété, dans l'intérêt des particuliers.

Nous rappelons qu'il s'agit ici de restrictions qui touchent indirectement à l'intérêt général. On favorise l'application de principes économiques, d'idées religieuses, etc... Les exemples à citer sont moins nombreux que dans la partie précédente, parce que, le plus souvent, les relations de particulier à particulier sont réglementées par des contrats.

Au point de vue économique, nous pouvons citer le cas *de tigno juncto* : « Lex Duodecim Tabularum neque solvere per- « mittit tignum furtivum ædibus vel vineis junctum, neque vin- « dicare : quod providenter lex efficit, ne vel ædificia sub hoc « prætextu diruantur vel vinearum cultura turbetur ; sed in eum « qui convictus est junxisse, in duplum dat actionem. » (Fr. 1, pr. *De tigno juncto*, Dig., liv. XLVIII, tit. III.) Il n'entre point dans notre plan de développer les règles du *tignum junctum*, nous avons seulement à constater que le droit du propriétaire est paralysé ; il ne peut pas forcer celui qui a construit à représenter les matériaux employés ; la loi n'a pas voulu que, pour faire respecter le principe de propriété, on arrivât peut-être à occasionner un grand dommage au constructeur ; il s'agissait d'éviter la destruction d'une partie de la richesse sociale.

Nous rencontrons ensuite trois servitudes légales, comme on dirait en droit français, qui doivent appeler notre attention.

A. « Ne luminibus officiatur. » Peut-on, en construisant sur son fonds, nuire aux jours du voisin ? La négative semblerait résulter du fr. 25 *De damno infecto*, Dig., liv. XXXIX, tit. II. « Trebatius ait « etiam eum accipere damnum, cujus ædium luminibus officia- « tur. » Mais dans le fr. 26, *eod.*, Ulpien va établir la distinction qu'il faut faire. Il rappelle l'opinion de Proculus, qui permet de bâtir sur son fonds, même quand on devrait nuire aux jours du voisin : « Quamvis et illic luminibus officias. » Mais il distingue : « Multumque interesse utrum damnum quis faciat, an lucro quo « adhuc faciebat uti prohibeatur. » En d'autres termes, le jour dont on profitait constituait-il un droit acquis, ou bien en jouissait-on seulement parce que le voisin n'avait pas encore bâti? La difficulté nous paraît être résolue, quand il n'y a pas de convention formelle, par cette règle de la *vetus forma*, dont nous avons déjà parlé. S'il y avait déjà deux maisons, on ne pourra point, en reconstruisant l'une, enlever à l'autre la lumière. Cela nous paraît résulter des textes suivants : « Qui luminibus vicinorum, « aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se « formam ac statum antiquorum ædificium custodire debere. » (Fr. 11, *De servit. præd. urb.*, Dig., liv. VIII, tit. II.) — « Si quas « actiones adversus eum qui ædificium contra veterem formam « extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas; « more solito per judicem exercere non prohiberis : is qui judex « erit *longi temporis consuetudinem* vicem servitutis obtinere « sciet : modo si is qui pulsatur nec vi, nec clam, nec precario « possidet. » (Loi 1, Code Just., *De servit.*, liv. III, tit. XXXIV.) Enfin nous lisons aux *Basiliques*, liv. LVIII, tit. II, chap. 11 : « Qui aliquid contra commodum vicini facit, formam ac statum « antiquum custodire debet. » (Trad. de Fabrot.) Il nous paraît résulter de la loi 1 au Code, *De servitut.*, que le *longum tempus* était de *dix ans*, comme dans la *præscriptio longi temporis;* on perdait alors le droit de bâtir sur son fonds comme on le voulait.

Remarquons que si on reçoit du jour *ex loco publico*, on peut intenter un interdit contre les particuliers qui viendraient bâtir, même avec la permission du prince, de manière à diminuer la lumière. « Plane si ædificium hoc effecerit ut minus luminis in- « sula tua habeat : interdictum hoc competit... nam quotiensque « aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine

« injuria cujusquam fiat : et ita solet *princeps... permittere.* » (Fr. 2, § 14, § 10, *Ne quid in loco publico*, Dig., XLIII, VIII.)

B. Servitude imposée pour les eaux.

Les fonds inférieurs doivent recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs. « Semper hanc esse servitu- « tem inferiorum prædiorum ut natura profluentem aquam exci- « piant. » Mais le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude [1] (voir fr. 1, §§ 1, 10, 13, 22, 23; fr. 3, *De aqua et aquæ arcendæ*, Dig., XXXIX, III.) Le propriétaire du fonds inférieur peut faire tout ce qui rendra la servitude moins lourde pour lui, sans nuire au propriétaire du fonds supérieur; il peut même exiger qu'on le laisse aller travailler pour cela sur le fonds du voisin. « Si velim aggerem restituere in agro ejus, « qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil noci- « turus est : hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur. » (Fr. 2, § 5, *De aqua*, Dig., *ibid.*) Pour les détails, voir les divers textes du titre.

C. Servitude de passage.

Nous trouvons divers cas où un propriétaire est obligé de céder le passage à un autre. Ainsi, quand un cloaque m'appartient et qu'il passe sous la maison d'autrui, j'ai le droit d'aller y faire toutes les réparations nécessaires : « Unde Favius Mela scribit « competere hoc interdictum, ut in vicini ædes veniat, et rescin- « dat pavimenta purgandæ cloacæ gratia : verendum tamen esse « Pomponius scribit ne eo casu damni infecti stipulatio commit- « tatur, sed hæc stipulatio non committitur si paratus sit restau- « rare id quod ex necessitate reficiendæ cloacæ causa rescide- « rat. » (Fr. 1, § 12-13, *De cloacis*, Dig., XLIII, XXIII.)

On doit laisser passer sur son fonds une personne qui vient chercher ce qui lui appartient : ainsi un trésor (fr. 15, *Ad exhibendum*, Dig., X, IV); ainsi un esclave fugitif (fr. 3, *De fugitiv.*, Dig., XI, III). Pour les interdits, *De arboribus cædendis et de glande legenda*, voir Dig., liv. XLIII, tit. XXVII et XXVIII).

Nous savons par Ulpien qu'on peut forcer un propriétaire à vendre un passage pour aller à un sépulcre. Le *præses* de la province organise un *judicium* pour fixer l'endroit par où l'on

[1] En Afrique, au contraire, les propriétaires des fonds supérieurs ne pouvaient pas faire de travaux empêchant les eaux d'irrigation d'arriver aux propriétés inférieures.

passera et l'indemnité que l'on payera. « Præses etiam compel-
« lere debet justo pretio iter ei præstari... » (Fr. 12, *De religiosis*, Dig., XI, VII.) Par contre, si le propriétaire d'un fonds veut rendre religieux un endroit grevé de servitude, il peut le faire en offrant un autre passage aussi commode. (Fr. 2, § 8, *De religiosis*, Dig., XI, XVII.)

Nous terminerons cette longue énumération des restrictions apportées au droit de propriété, par la transcription d'une loi très-curieuse de Justinien, et destinée à assurer la possibilité de séparer le blé des épis : « Cum autem apertissimi juris est, fruc-
« tus aridos conculcatione quæ in area fit, suam naturam et uti-
« litatem ostendere, aliquis vicinum suum vetabat, ita ædificium
« extollere juxta aream suam ut ventus excluderetur et paleæ
« ex hujusmodi obstaculo secerni a frugibus non possent, quasi
« vetito vento suam vim per omnem locum inferre ex hujus-
« modi ædificatione, cum secundum situm regionis et auxilium
« venti aream accedit : sancimus itaque nemini licere sic ædifi-
« care, vel alio modo versari ut idoneum ventum et sufficien-
« tem ad præfatum opus infringat, et inutilem domino aream et
« fructuum inutilitatem faciat. » (Loi 14, § 1, Code Just., *De servitutib.*, liv. III, tit. XXXIV.) On retrouve cette règle aux *Basiliques* (liv. LVIII, tit. VII, ch. 14). « Nemo sic ædificet ut eo
« ventum in aream vicini tendentem impediat. » Le propriétaire ne peut donc point bâtir comme bon lui semble ; il faut qu'il respecte l'aire de son voisin et qu'il n'empêche pas le vent d'y souffler. C'est là une servitude légale remarquable.

Nous avons établi par les textes comment, en droit romain, on pouvait exproprier en tout ou en partie les divers propriétaires pour cause d'utilité publique. Nous reconnaissons que beaucoup de points demanderaient des développements plus considérables, mais nous n'avons voulu poser ici que des principes.

R. DE FRESQUET,
Professeur à la Faculté de droit d'Aix.

COUTUMES DE PRAYSSAS.

INTRODUCTION.

La ville de Prayssas, aujourd'hui chef-lieu de canton dans le département de Lot-et-Garonne, est une des plus anciennes villes de ce département. L'époque de sa fondation est complétement inconnue ; je ne sache même pas qu'il existe aucun épisode de notre histoire locale où son nom ait été prononcé. Ce nom lui-même est orthographié de plusieurs manières. Les coutumes l'appellent tantôt *Preissa*, tantôt *Preicha*, tantôt *Preischa*, tantôt *Preissan*, ou *Preischan*. En patois gascon on la nomme aujourd'hui *Prechas*, mais en français, et surtout en langage administratif, le nom consacré est *Prayssas*.

Cette ville est située sur un plateau assez élevé, au milieu d'un groupe de coteaux qui sépare le bassin de la Garonne du bassin du Lot, à quelques lieues en amont de leur confluent. Dans le voisinage est le château de Montpezat qui a joué un grand rôle dans les guerres anglaises du quatorzième siècle. Sa distance d'Agen est d'à peu près 16 ou 17 kilomètres.

Depuis le treizième siècle jusqu'à nos jours, le fief de Prayssas n'a jamais cessé d'être une propriété seigneuriale. Elle avait encore des seigneurs en 1789, et je me souviens avoir entendu parler quelquefois d'une certaine dame, veuve de Sansac, qualifiée de *seigneuresse de Prayssas*.

J'ai trouvé, dans les archives de la Cour, plusieurs arrêts rendus par le lieutenant criminel d'Agen, jugeant au petit criminel sur les appels venus du juge de Prayssas. Ces arrêts, dont les plus anciens remontent au commencement du dix-septième siècle, constatent que le juge de Prayssas était assisté d'un procureur fiscal, requérant au nom des seigneurs, comme les procureurs du roi requéraient au nom du roi. J'ai lieu de penser que cette organisation a duré jusqu'à la Révolution française.

La population de la commune entière de Prayssas est seulement de 1,300 âmes ; si on en donne 300 à la partie rurale de la commune, il en reste environ 1,000 pour la population agglomérée. C'est probablement tout ce que cette ville a jamais eu

Au pied du plateau sur lequel on a bâti la ville sont de petits cours d'eau arrosant des prairies. Parmi ces cours d'eau, il en est un qu'on appelle *la Masse*, et qui portait déjà ce nom lors de la rédaction des coutumes.

Voilà tout ce que je sais sur Prayssas : quant au manuscrit que j'ai consulté, en voici l'histoire :

C'est un petit volume in-4°, relié en bois et recouvert d'un cuir brun, qui a pu être rouge à l'origine. Les feuillets sont tous en parchemin et l'écriture est disposée sur deux colonnes. La première lettre de chaque rubrique est ordinairement une grande initiale colorée en rouge. L'écriture paraît être du quatorzième siècle.

Ce livre contient, outre le texte des coutumes : 1° un calendrier perpétuel, dont le premier feuillet a été déchiré ; 2° une ordonnance d'Edouard II, roi d'Angleterre, au profit des villes et bourgs de l'Agenais : cette ordonnance en langue romane, mais très-grossièrement reproduite, peut être comparée avec un texte latin dans le livre des chartes trouvé dans les archives de la ville d'Agen ; 3° une ordonnance de Philippe de Valois, en date du 21 avril 1338, reproduisant une ordonnance de Philippe le Bel sur les priviléges du clergé : ce texte est imprimé dans Isambert, *Collection des anciennes lois françaises*, t. I^er^ ; 4° douze chapitres de la coutume de Port-Sainte-Marie, qui ne sont que la reproduction exacte de douze chapitres de la coutume d'Agen ; 5° quelques autres textes judiciaires, et enfin une table des jours où doit tomber chaque année la fête de Pâques. Cette table commence à l'année 1349 et finit en 1396. C'est ce qui m'a fait conjecturer que le manuscrit avait du être écrit en 1349.

Il y a quelques années, ce manuscrit était aux mains de M. Nasse, juge de paix du canton. Vers 1840, ce magistrat le prêta à M. H. Ducourneau, qui se proposait d'écrire l'histoire de l'Agenais. M. Ducourneau, aujourd'hui principal du collége de Lons-le-Saulnier, renonça à son projet et me prêta le manuscrit. Je l'ai gardé longtemps et il m'a beaucoup servi pour les coutumes d'Agen. Tout récemment M. Paillard, préfet de Lot-et-Garonne, me l'a demandé, et je le lui ai remis. Il est aujourd'hui déposé aux archives de la préfecture.

A. MOULLIEZ,
Procureur impérial à Agen.

GRANDE COUTUME.

AISSO ES LO TRESLAT [1] DE LA COSTUMA DEL CASTEL [2] DE PREICHA.

In nomine Domini Jhesu Christi. Amen.

Conoguda causa sia a tots aquels que son e seran qu'en Gauter de Preicha ab sos parseners [3], ab en Guillem Arnald, e ab en Guiraud de Bos, et ab en Magre [4] de Preicha, e ab Pons de Preicha, e ab R. Agre [5] de Preicha, e ab en Guiraud Tiso, e ab en Gausbert de Preicha, feiron am aquest sobredig [6] quart per quart [7] aitals establiments (en) [8] lo castel de Preicha, so es a Saber :

1 [9]. Que quadaus d'aquest parseners sobredighs deu tener clausa la sua partida [10] del castel de Preicha en manera que l

[1] En latin, *translatum*, transcription, copie.

[2] On entendait par *château* non-seulement la résidence du seigneur mais encore la ville entière établie auprès de la forteresse qui servait à cette résidence.

[3] En latin, *parcennarii, percennarii*, et en vieux français *parçonnier, parchonnier, perçonnier, percener*.

De requerre à partir terres parçonnieres. (*Etablissements de saint Louis*, liv. Ier, ch. CVI.)

Quand plusor parçonnier ont compagnie en héritages. (Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis*, ch. XII, art. 4; t. Ier, p. 325, édit Beugnot.)

[4] Modification du nom *Aymeric* ou *Alméric*.

[5] Modification du nom Amaneus, *Amanieu*.

[6] Ce mot fait supposer que, dans l'acte original, ce paragraphe était précédé d'un protocole où étaient énumérées toutes les parties contractantes.

[7] En latin *quaternus*, cahier.

[8] *Deest :* ce mot est indispensable pour le sens de la phrase.

[9] Les numéros ne sont pas dans le texte, mais je les y ai introduits pour plus de facilité.

[10] Ces expressions indiquent que le château, au moins pour tout ce qui était partageable, avait été déjà partagé.

meish castel nos posca perdre, e [1] aquel el qual defalhira qu'en fos destregz [2] per los autres parseners tant entroy [3] que obres [4] e clauses la sua partida.

2. Establiren e son avengutz [5] entre lor que si tort ni forsa lor fazia neguna persona el castel o en autre loc sobre [6] dregh, que tugz l'ajudesso [7] e l captenguesso [8].

3. Aprob [9] establiren que negus hom del castel de Preicha no fos destregz tant cum dregz pogues [10] far.

4. Aprob establiren que totz hom que volgues venir estar [11] el castel de Preicha pusca estar saub e segur [12] sobre qualque dels senhors mays se volra ni mais s'asantera ; e si partir o mudar [13] s'en volia, que o pogues far sos tort dessats [14]; e l senher sobre cui er [15] e ls autres cavalers devo lo guidar [16] per XL dias.

5. De l'estar des caslas [17].

Aprob establiren que tot casla [18] posca estar e habitar en qual-

[1] La phrase est évidemment incorrecte, il faut lire : *e que aquel que y defalhira*, que celui qui y manquera.

[2] En latin : *districtus*, de *distringere*, contraint, forcé.

[3] Jusques à ce que.

[4] *Operare*, travailler, confectionner.

[5] Avenus, de *advenire*. Ce mot ne peut être rendu que par une périphrase : ils ont été amenés à établir entre eux.

[6] *Par-dessus le droit*, c'est-à-dire *sans droit*.

[7] *Adjuvare*, aider, assister.

[8] *Captenere*, défendre, protéger.

[9] *Posteà*, ensuite, après.

[10] *Pouvoir faire droit*, c'était présenter une garantie suffisante pour acquitter l'objet de la demande en cas de condamnation. Cette garantie, régularisée d'ordinaire par la présentation d'une caution, dispensait du séquestre ou saisie préalable.

[11] *Stare*, résider. Ce même mot peut aussi se traduire par le verbe *être*, comme on le voit justement dans cette même phrase.

[12] *Salvus et securus*, sauf et en sécurité.

[13] *Mutare*, changer ; en vieux français : *muer*, mot qui se dit encore du plumage des oiseaux et de la voix humaine.

[14] En laissant de quoi payer ses amendes.

[15] *Erit*, il sera.

[16] Littéralement, *conduire*, *accompagner*, et dans un sens plus étendu : *protéger*, *sauvegarder*.

[17] Cette rubrique et les suivantes sont dans le texte.

[18] *Castellanus*, habitant du château. On désignait aussi par là le propriétaire du château. Ce dernier sens seul est resté.

que partida se volha del castel, saub los dreghs del senhor de cui seria.

6. De la gardamen del loc.

La costuma del castel de Preicha es aitals, que ls senhors devon guardar las tors, e ls caslas devon guardar las portas.

7. De las causas comunals[1] a tots.

La costuma del castel es aitals que la justizia es comunals, e ls forns[2] comunals, e l porter[3] comunals, el faur[4] comunals tant quant en la fauria apartendra.

8. De malcu[5] del senhors e des caslas.

La costuma del castel es aitals, que ls senhors[6] an malcu, e ls caslas, de vi entro que la taverna sia venduda am bo peuhs[7] o am bona fermansa[8]; en pa[9], en carn[10], e en sivada[11] an malcu los senhors am bo peuhs que bailhon que valha mais lo terd diner[12], o am bona fermansa que l pague dins l mes[13]; e si avia II penhs den tenir tant lo bo entro que l'avol[14] lo solva hom; e si avia avol penhs, al cap[15] del mes l'en pot penhorar que l pague depois que enquest[16] l'en aia.

[1] Commun, indivis.

[2] Les fours, le four banal.

[3] Le portier. On verra plus bas quelles étaient les attributions de ce *portier*. Ce mot répond assez bien à ce que nous appelons aujourd'hui l'*appariteur*.

[4] Forge? Marché?

[5] Droit levé sur la vente des objets de consommation, il résulte de l'article lui-même que c'était une espèce de patente.

[6] Il semble résulter de ce passage, ainsi que de la rubrique, que ce droit profitait aussi aux habitants.

[7] *Bonum pignus*, bon gage, sûreté.

[8] *Firmantia*, caution.

[9] *Panis*, pain.

[10] *Carnis*, viande.

[11] Avoine. C'est encore le nom que porte cette espèce de grains dans le langage vulgaire du pays.

[12] Qui vaille plus que le tiers denier; c'est-à-dire, probablement, le tiers de la somme due.

[13] *Mensis*, mois.

[14] *Vilis*, le moindre, le plus vil.

[15] Au bout du mois, *caput*.

[16] *Inquisitus*, enquis, recherché, interpellé. Dans les textes en vieux français on se sert habituellement du mot *requerre* pour exprimer la même idée.

9. De vitalha[1] per guerra.

La costuma del castel es aitals que li casas devon tener renda de pa als senhors si guerreyam, e deve tener establa[2] a II cavals qui poder n'aura.

10. De furt[3].

La costuma del castel es tals que qui pagara[4] de nuch[5] donara LXV sols als senhors e l'latronessi[6] que esmendara en IIII dobles; et si pagnar no o podia, sera enaus[7] son cors e totas las sues causas als senhors; e si panava de nuas, en mazo, o en vinha, o en canal[8], o en blat[9] dins los dotz[10] del castel, pagnara III sols als senhors e l malefait que esmendara en III dobles; e si pagnar no o podia, que perda l'aurelha.

11. Deus cavalers en loc.

Los cavalers de Preycha an aital costuma entre lor que no deven ni podon valer de guerra a negun autra senor[11] que aun los conselh dels cavalers de Preycha e dels casals del mas castel; e si ajudar volon autr, no deve far neguna malafacha la dia que issiran[12] del castel de Preycha, ni aquel dia que mal auriam fagha ni l segon dia no deve tornar al castel am neguna rendama[13] e las causas dels cavalers de Preycha deve esser guardadas e defenedas cum a las autras dins los dotz del castel.

12. De batamen d'armas e del gatge[14].

Establit es que si negus cavalers del castel se pelegs[15] am autre

[1] *Victualia*, victuailles, vivres.
[2] **Etable**, écurie.
[3] *Furtum*, vol.
[4] *Vadium*, dommage. Ce mot est encore en usage dans le pays.
[5] *Nox*, nuit.
[6] *Latrocinium*, le voleur de l'objet volé.
[7] Il sera frappé de peines onéreuses, et tous ses biens seront acquis aux seigneurs.
[8] *Annalis*, mot encore en usage dans le pays.
[9] **Blé**, idem.
[10] **Dépendances**, banlieue.
[11] Sans que. Ce mot manque dans le texte, mais il est indispensable pour le sens de la phrase. C'est par une faute du copiste.
[12] *Exirent*, sortirent.
[13] Sortie. Broche, en roman, signifie le vol à main armée. Il nous en est resté le mot dérober.
[14] **Amende.**
[15] Se quereller. Ce mot est encore employé aux environs dans la langue vulgaire du pays.

caslanc del meis castel, et l fer[1] am peira o am basto, o ab arma esmola[2] per que sang lo tragha[3], donara LXV sols, si clamor n'es facha, o si es fagh devant lo senhor.

13. D'AZULTZ[4].

Establit es que si negus hom es trobats ni atenhtz de dias o de nughs fazen adulteri am la molher[5] de son vezi, dara LXV sols als senhors; e si paguar no los podia correrrion ambedos[6] tutz nutz la vila.

14. DE LAS TAVERNAS.

Establit es que si hom vol far taverna per vendre son vi que l'en deu far cridar a qualque prez se volra, e si aprob que sera cridat amermava[7] la mesura o y metia aygua[8] daria V sols de gatge als senhors e l vi e l tonel que seria encors als senhors.

15. DE AVIENDIS[9] EL LOC.

Establit es que si negus hom aviendis se mue el castel ni compra[10] maizo o pren feus a oblias o acaptes[11], e depoys o vol vendre, preparar[12] o deu tot prumeramen que o venda al senhor de cui o tendra, e l senhor pot o retener, si retener o vol, devant autrui per tant quant autra persona volria donar; e si retener no o volia, que deu autreiar[13] la venda, la senhoria[14] salva, a tota persona saub a gleiza[15], o maiso[16] d'ordre o a cavaler o a autra

[1] *Feriat*, frappe, de *ferire*.
[2] A fer émoulu.
[3] Coule, soit répandu, du mot latin *trahere*.
[4] Adultère.
[5] *Mulier*, femme.
[6] *Ambo*, tous les deux.
[7] Amoindrissait, diminuait.
[8] *Aqua*, eau.
[9] *Alibi venientes*, aubains.
[10] Achète. On dit encore dans le pays *crompa* pour *acheter*.
[11] Acquiert un fief soumis aux redevances féodales qualifiées d'*oblies* et d'*acaptes*. Tout ce qui était tenu à rente, noble ou roturier, prenait le nom de *fief*, *feus*.— L'*oblie* était la redevance annuelle, connue ailleurs sous le nom de *cens*. — L'*acapte* était le droit dû au seigneur par la mort du tenancier ou du seigneur, et pour le renouvellement du contrat féodal.
[12] Présenter, offrir : c'est le retrait féodal.
[13] Octroyer, autoriser.
[14] Les droits du seigneur étant réservés.
[15] Eglise.
[16] Etablissement religieux.

persona forsaigna[1]; e l senhor deu aver VIII dias de terme de retener la causa; e si s vol mudar en autre loc, lo senhor lo deu enviar[2] saub e segur si e totas las causas II leguas[3] fora del castel vas qualque part se vulha a so leial poder[4].

16. De mudamen de caslas.

Costuma es el castel que si caslas se vol mudar d'aqui en esta en autre loc en la partida deln autre senhor del meihs castel, far o pot, si s vol, ier[5] aitabe siens, e totas las suas causas, com si estava el seu poder.

17. De venda de blat o de vi.

Costuma es el castel que si caslas vol vendre blat o vi, preparar lo deu al comunal prumer que l tragua del castel, e ls o deu vendre per razo[6], e si comprar no o volo, que l'en deu traire, s'il vol, e portar vendre la ou lo plaira.

18. De aviendis que mor ses heret.

Tals es la costume d'ome aviendis que si heret o molher a, e l ve malaudia[7] e mor, sos avers e sas causas seran al heret e (a) sa molher; e si heret no i a, la meitat[8] de l'aver sera a la molher, e l'autra meitatz de tots sos bes sera als senhors.

19. De prestinheras[9].

Costuma es el castel de Preicha[10] que la pestoressa[11] deu gaan-

[1] Forte, élevée, puissante. Les seigneurs redoutaient d'avoir des vassaux plus puissants qu'eux-mêmes. On retrouve cette prohibition dans tous les textes de coutumes de l'Agenais. Voir notamment la *Coutume d'Agen*, ch. xxv, p. 53.

[2] *Envoyar, enviar,* convoyer, conduire. — Dans l'article 4 ci-dessus, ce même mot est traduit par *guidar*.

[3] *Leuca*, lieue.

[4] La fin de cet article n'est que la reproduction du principe posé dans l'article 4.

[5] *Ier*, aller, du verbe latin *ire*. — *Aitabé*, également, aussi. — *Il peut y aller avec les siens.*

[6] Il doit le vendre à un prix raisonnable.

[7] Maladie.

[8] *Medietas*, moitié.

[9] Boulangère, boulangerie, du mot *pétrin* ou *pestrin*.

[10] *Pistor, pistoressa,* littéralement *pétrisseuse*.

[11] Gagner.

har lo bren [1], e la sembla [2], e sa sal ses plus el pa, e si d'aqui en sus ne prendia, la justizia pot penre e trencar [3] tot lo pa e dar e partir [4] la ou lo plaira.

20. De maseller [5].

Li mazeller an aital costuma que devo guanhar los capssols [6] am los senhors a espera [7] de I mes e ab los caslas que ades [8] paguan.

21. Del porter.

La costuma del porter es aitals el castel que deu obrir e sarrar [9] las portas de nuhs et de dia leialmen e fielmen, e deu far e adobar [10] las portas am lo bosc que ls senhors lo devo donar; e l comunal deu las portar e carrejar [11], e ls senhors devon donar lo fer que obs [12] i aura, e deu far lo porter tota la obra; e deu far lo porter totas las cridas [13] de la vila que al comunal appartenguon; e deu far cada porter mudant XX sols d'acaptes als senhors; e deu tenir las mesuras del vi; e deu gardar los prisones, e ls prec [14] devo far la mesio [15] a las guardas que ls guardaran, e ls prec no devo estre destrehs [16] el poder del porter, e si hom los vol destrenher que ls deu hom traire el poder del porter;

[1] Le son, le résidu de la farine tamisée. Ce mot s'emploie encore dans l'idiome vulgaire du pays.

[2] *Simenellus*, partie basse de la farine blutée. Terme encore en usage dans le commerce des farines.

[3] Briser, couper.

[4] Partager; source de cette locution : *avoir maille à partir*, menue monnaie à partager.

[5] *Masellus*, boucher; italien : *Macello*, boucherie.

[6] *Caput solidum*, *capsoldum*; bénéfice proportionnel au montant du capital employé. Ducange, qui cite plusieurs passages où ce mot est employé, n'en donne pas une définition satisfaisante.

[7] Attente, terme.

[8] Qui paient comptant. Italien : *adesso*.

[9] Ouvrir et fermer.

[10] Réparer.

[11] Charrier.

[12] *Opus*, besoin.

[13] Criées, proclamations.

[14] Prisonniers.

[15] Littéralement la *mise*, autrement dit la depense occasionnée par leur détention.

[16] *Distracti*, distraits, détournés.

El porter deu tenir los dats [1] els taulers [2], e prestar a aquels que jugar i volran, e tot home que i jogue deu lo donar I diner, e si negus lo geta los dats deu lo donar I diner;

E ls senhors devon donar al porter una eminada [3] de terra a la mesura velha; e de cada cart [4] devon li donar li senhors a nadal [5], e a caresme entrant e a Pentecoste de cada saler [6] un pauc, e una pessa de carn, et I saler de coire [7]; e li caslas devon donar al porter cadaus a nadal una pessa de carn e de sal un pauc; e de quada bestia que lenha [8] porte I tiso lo dia [9]: e de quada hom que fais porte son socorador [10]; e de cada fais de palha deu aver lo punhat [11]; e de cada caval vendut deu aver VIII diners d'aquel qui compra, si hom estranh es; e deu aver lo porter de cada cavalguada que ls senhors o li caslans faran, si ameno bestial, una ovelha [12], o porc, o une cabra [13]; lo porter pot anar manjar a cada una nossas que faran al castel, si anar i vol.

22. De penhoramen [14] d'armaduras als cavalers del loc.

La costuma del castel es tals que tots cavalers caslas a son malcu en la vila aissi com an li senhor.

[1] Les dès.

[2] *Tabularium*, la table de jeu, l'échiquier.

[3] *Minata*; la mine était une mesure de capacité et servait notamment pour le blé; on s'en sert encore pour le sel qui se vend par *mines*. Ducange conjecture que la *minée* ou *éminée* de terre devait être la mesure de terre réputée suffisante pour produire une *mine* de blé.

[4] Carton, autre mesure employée pour les céréales. Elle est encore en usage dans le pays, où l'habitude des mesures métriques ne pénètre que lentement.

[5] Noël, *dies natalis*.

[6] *Salerium*, autre mesure de capacité employée plus spécialement pour le sel. Ce mot s'est conservé dans l'idiome vulgaire du pays, où il est synonyme d'*écuelle*.

[7] Cuivre? ou cuir?

[8] *Lignum*, bois.

[9] Une bûche de droit. Ducange, v° *Logiarius*.

[10] Son secours, son aide; du mot latin *succurrere*.

[11] Poignée.

[12] *Ovis*, brebis.

[13] Chèvre.

[14] Saisie. — Toute saisie a pour objet de fournir un gage au créancier. De là l'extension faite par l'usage du mot *pignus* qui signifie proprement *gage*.

Els senhors au aital costuma entre lor que no i devo penhorar lors cavals, ni lors garniments, si no o fasian propriament per l'enbarc[1] del mais caval o dels mezis garniments, o per enfrangemen[2] dels dex o de costumas, o per jog.

23. ITEM DE PENHORAS.

Tals es la costuma del castel que negu senhor no deu penhorar l'ome de l'autre si fianza[3], e cabaler no l te per embarc o per la[4] causa.

24. DE QUERELLAS[5].

Costuma es aitals el castel que si negus senhor qurelha negus caslas no s'en deu clamar troi que enquest[6] l'aia III veguadas[7] am lo comunal de la vila, ni l deu penre re troi que enquest l'aia III veguadas cum lo comunal.

25. DE CLAMAR.

Costuma es el castel que negun cavaler ni negun caslant no s clame, ni no s posca clamar a neguna autra senhoria, si no a la senhoria del castel de Preicha, per negun tort que s'aian li unc a l'autre, si no era causa que defalhis[8] que la senhoria de Preischa no l ne volgues o no l ne pogues far dregs.

26. DE LAS PECHAS DEL BESTIAL[9].

Establiment e costuma es el castel de Preischa que si buous[10] ni vacas que neguna persona tengua dins maio fan malafacha[11] en vinhas, o en blat, o en autras causas, e la garda los troba

[1] *Barcaniare*, barguigner. Le sens de ce membre de phrase est que la saisie du cheval pourra être faite si la contestation porte sur la propriété même du cheval. Il est resté le mot *embargo* pour exprimer l'opposition faite à la vente des objets contenus dans un navire.

[2] *Infractura*, crime, délit.

[3] *Fidare*, donner caution.

[4] Il y a ici une erreur évidente dans le texte : il devrait y avoir *neguna*. Le sens de la phrase ainsi rétabli est : s'il donne caution, et si un chevalier ne le retient pour cause d'embarc ou *embargo*, ou pour aucune cause.

[5] La portée de ce mot s'est profondément modifiée. Il signifiait primitivement *demande portée en justice*, de *quærere*, demander. C'est dans ce sens qu'il doit être pris ici.

[6] Voir, art. 8, la note sur le mot *enquest*.

[7] Fois. Le mot *vega* ou *veguada* exprime le retour de la même chose.

[8] Défaut de droit.

[9] Amende.

[10] Bœuf.

[11] *Malefactum*, *maleficium*, *maléfice*, méfait.

en malafacha, donara VI diners per cada buou, o per cada vaca, de caval o de rossi VI diners; aze o sauma[1], porco troia[2] I diner; per cada IIII oelhas[3] I diner; II cabrit[4] I diner; d'aquels que sera trobats els feos que tenon dels senhors de Preicha o d'autras personas lonh[5] o pres son totas dels senhors de Preischa; e ls meis senhors devon tenir una garda el castel e en la honor[6] de Preischa a lor cost e a lor messio que garde los bes e las causas dels senhors e dels caslas comunalment a bona fe, de caresme intrant entro a martras[7]; e ls caslas devo donar als senhors cada an a paschas II diners per cuda fug[8], per razo de la guarda per tans quant estan dins lo castel, e defora en la honor del castel.

La costuma del castel es tals que tot senhor e caslanc del castel que veiria far malafacha e o dit, qu'en deu esser crezut per so sagrament[9].

27. De las vendas del feos[10].

La costuma del castel es tals que si neguna persona fa venda o sobre afeusament[11] o escambi[12] per que deves i tornar[13] l'us a

[1] Ane ou ânesse.

[2] Truie.

[3] Pour *ovelhas*. — Voir, art. 21, note.

[4] Chevreau.

[5] De loin ou de près.

[6] La juridiction. Ce mot paraît être synonyme du mot *dex* employé dans d'autres articles.

[7] La fête des martyrs ou la Toussaint, de *martyrium*.

[8] Feu.

[9] *Sacramentum*, serment.

[10] Voir, ch. xv, note.

[11] Littéralement *sous-fief*. Ces sortes d'actes sont connus sous le nom de *sous-acensement*. Ils consistaient dans le bail fait par le propriétaire à un autre, sous la condition d'acquitter le cens dû au seigneur. Il était des coutumes où ce bail était prohibé, comme attentatoire à la souveraineté directe du seigneur dominant.

[12] Echange.

[13] Allusion au droit de retrait féodal. Le texte porte *torne*, qui ne permet pas de construire une phrase régulière. Le sens de ce passage s'explique par la nature spéciale des terres nobles tenues en parage. Un seul seigneur faisait hommage pour le fief tout entier, et recevait lui-même l'hommage de ses *parsonniers*. Il en résultait deux mouvances, l'une médiate, et l'autre immédiate. C'est à la mouvance immédiate que l'article attribue les droits de vente et les *capsols*, ou droit proportionnel au prix.

l'autre, le senhor prumer de cui maura la causa aura totas veguadas sas vendas et sos cappsols.

28. De gardament de tort e de forssa.

Establit es que si neguna persona fa tort, ni forssa, ni enjuria a negu cavaler, ni a donzel[1], ni a negu caslanc del meis loc per razo de pechas, o per razo de costumas, o per autra razo, tugh li senhor e tuch li caslan l'en devo ajudar e valer a lors despensas entro que l plagh sia vengut a declaramen que jutghament[2] ne sia donats.

29. Del contrast[3] del castel.

Costuma es tals entre les senhors del castel que si contrast avio entre lor de neguna re que apartengua al castel de Preicha ni a la honor del castel, devo passer de tot aquel contrast al digh e a la conoguda de la cort del castel de Preicha.

30. De las pechas[4] de las gens.

Costuma es el castel de Preicha que tota persona que on trobara en malafacha fora los dex de Preicha e i sera atenhs per la guarda o per autra persona de bona renompnada[5] del meis castel paguara III sols de pecha als senhors del castel.

31. De vedament de clamar.

Costuma es aitals que si neguna persona se vol clamar d'autra e sia vengutz devant la cara[6] dels senhors, neguna persona no lo deu vedar[7] ni defendre que no s'en clame depoys que sera vengut devant los senhors; et si negus lo veda ni l defen que no s'en clame, paguara V sols de guatge als senhors.

32. De panament de blat o de garbas.

Costuma es el castel que si neguna persona pana blat batut[8] o garbas lhiadas[9] de nughs o de dias, donara LXV sols de gatge als senhors e l laironessi que esmendara en IIII do-

[1] *Domicellus, damoiseau*, fils de chevalier. Ce mot est resté en usage dans l'idiome du pays. C'est le nom qu'on donne au premier garçon de noce dans les noces de village. On appelle également *donzello* la jeune fille qui assiste la mariée.

[2] Jugement.

[3] Contestation.

[4] *Peccatum*, faute, péché, délit, contravention.

[5] Renommée.

[6] Figure, face.

[7] *Vetare*, empêcher, prohiber, défendre.

[8] Le blé en grain.

[9] Epis enliassés en gerbes.

bles ; e si paguar no o podia que deu esser forjurats[1] e gitats[2] del castel et de la honor de Preicha per tots temps.

33. De fener é de palher[3].

Costuma es el castel de Preicha que tot fener et tot pahler en que aia vigna[4] deu estar guidat[5] que hom no prengua senes la voluntat del senhor de cui sera e qui n penra part[6] la voluntat de son senhor paguara III sols de gatge als senhors del castel, si proat[7] lo sera, e la malafacha que esmandara en IIII dobles.

34. De prenement de vitalha per hostel.

Costuma es el castel que si alcus senhor del castel a ostel e a mester[8] I porc, o I creston[9], o mais o menhs, lo caslanc qui n'aura lor deu vendre a razo, e l senhor deu lo paguar ades, o l deu balhar penhs mais lo terd diner o tal fermansa que l pagua los diners dins VIII dias ; e si avia ops auchias[10] o gallinas[11] per los ostes estranhs e non trobava a vendre, lo senhor del castel s'en pot penre la on ne trobara, e qu'en pagua lo pretz razonabla que valra ad aquel de cui la causa aura dins VIII dias.

35. Dels forns.

Costuma es el castel que ls senhors devou aver lo forn o forns tant quant mester aura el castel, e ls devo tener garnitz e aparelhats be e gent de fornes e de messatges e d'autres aparelhs be e gent, e devon far coere[12] lo pa levat[13] dels caslas ab XIII

[1] *Forisjuratus*, expulsé, chassé.

[2] *Ejectus*, jeté, rejeté.

[3] De meules de foin ou de paille.

[4] Nom donné aux pièces de bois placées sur les meules pour les protéger contre l'action des vents.

[5] Ce mot est parfaitement lisible dans le texte, mais il paraît étrange qu'on l'ait appliqué à une meule de paille ou de foin. Je proposerais de lire *cuidat*, réputé, pensé.

[6] Malgré.

[7] Pour *probat*, prouvé.

[8] Besoin. Le mot français *métier* était pris dans le même sens.

[9] Bouc.

[10] Oies.

[11] Poules.

[12] Cuire.

[13] Le pain pétri par les habitants eux-mêmes, et auquel ils ont mis le levain.

pa[1] be e gent, e si l pa s'afolava[2] per colpa del forner, los senhors o devo esmandar, e negu casla no deu cozer son pa levat en autre loc ni devis trapa[3], e si o fazia, paguaria V sols de gatge als senhors, si no era causa que per fauta del forn dels senhors coires[4] en autre loc son pa levat.

36. Cum negus caslas no deu penhorar autre.

Costuma es el castel que negus caslanc no deu penhorar autre caslanc del meis castel per negu deute que l deia de XII diners en sus, e si o fazia, paguaria V sols de gatge als senhors.

37. De malafacha de noch de buos o de vacas ni arrivas[5].

Costuma es el castel que si negus hom guarda buous o vacas ni arrivas de nughs en autrui malafacha en prat, o en vinas, o en blat, o en feners, o en palhers, paguaria LXV sols de gatge als senhors et la malafacha que esmendara, si proat l'era; e si buous o vacas fazian mal de nughs per lor meis que hom no los gardes, los senhors i aurian V sols de gatge en cada parelh[6] que atenh i seria e la malafacha que esmendaria.

38. Del gatge dels senhors.

Costuma es el castel que ls senhors an en tota clamor que hom fassa a lor V sols; e si plaghs[7] es d'aquela clamor, lo prumer jutgament deu anar a la prumera clamor per los V sols, e d'aqui enan, tant quant lo plagh durara, devon aver los senhors de quada jutgament que s'en gitara V sols : e devo aver li senhors en defalhiment[8] de quada part V sols en aquela partida que defalhira.

39. De cabanas[9] de vacas qui n deu tenir.

Costuma es el castel que neguna persona no deu ni pot far

[1] Ce qui signifie que la fournée faite dans ces conditions doit être de treize pains.

[2] Se gâtait.

[3] Ces deux mots *devis trapa* sont parfaitement lisibles dans le texte et ne sont susceptibles d'aucune autre version. Malgré toutes mes recherches, je n'ai pu en deviner le sens.

[4] Il faisait cuire.

[5] Nom donné à certaines contraventions rurales, ou plutôt à la complicité dans ces mêmes contraventions.

[6] Paire.

[7] Plaid.

[8] Défaut.

[9] Les cabanes dont il est ici question paraissent avoir été de petits édi-

cabana de vacas ni de buous (ni) de braus [1], ni pot tenir ni apastenguar [2] de [3] l'arival de boter en jus tot aissi cum lo meis arival ne va entro al miralh e entro al sol [4] d'en P. Vidal e entro al molsairo e tot aissi com s'en ira entro a patriarca en sus, e del sol d'en Guillem de colonges a enjus e tot aissi com va entre la segua de G. Cot e del senhor en Aymeric [5] de Preicha cab jos enta l'arival [6], e del meis arival a enjus, e de la terra de Bertran de Sentbais aissi com la roqual [7] cap jos [8] enta [9] l'arival, e de la Rimolera enta l prat Burec, et de l'artigual [10] de l'aze enta la terra B. tozant, e tot al dregh enta la estatga [11] de Benech e del pochador [12] de Nicholau a en jus entro sus la Rivillon, e tot aissi com la Massa [13] ne va entro a la maiso B. Mocho, dels tornes [14] en jos et tot aissi com los meis tornes devalan [15] de la careira [16] entre al golet [17] del faget et tot aissi com lo golet meis ne devala enta la massa, exceptadas las terras que Amaneu de Preicha e sos frais an dins los predighs assignaments per las quals lo predich Ama-

fices isolés, placés au milieu des prairies pour servir de demeure aux gardiens de bestiaux pendant certaines saisons de l'année. On trouve encore de ces sortes de cabanes affectées à cet usage dans les Pyrénées.

[1] Taureaux. C'est encore le mot en usage dans le pays.

[2] Faire paître.

[3] Le reste de cet article est consacré à l'énumération et au bornage des lieux où la pâture est défendue. On y trouve naturellement beaucoup de noms propres.

[4] L'aire dépicatoire.

[5] Un des seigneurs *parsonniers* contractants.

[6] *Aria, arialis, area, arealis,* en vieux français *airal* ou *ayral*, lieu inculte, friche.

[7] *Rocassium*, rocher.

[8] *Cap jos*, vers le bas, en descendant.

[9] Vers.

[10] *Artigala, artiga*, coteau, élévation. Il existe, aux environs d'Agen, un village d'*Artigues* situé au sommet d'un coteau.

[11] *Estanchia*, étang.

[12] *Podiata*, élévation, coteau, indique une élévation supérieure à celle de l'*artiguel*.

[13] Ruisseau qui passe au pied du coteau où est bâti Prayssas, et qui porte encore le même nom.

[14] *Tornaglium*, machine tournante, meule de moulin, et par extension moulin et ses dépendances telles que la prise d'eau et le canal de fuite.

[15] Descendant.

[16] Voie publique.

[17] *Golena*, petit lac.

neu e sos frais poden passer [1] lors vacas e lors buous, senes malafacha que no i fassen ni no i devo far a neguna persona.

40. QUE DEVON FAR LOS SENHORS DE PREICHA AL SENHOR PRINCIPAL.

Lo castel de Preicha ab aquest establiments e ab aquestas costumas te en Gauters de Preicha ab sos parsoners en lor terra domengera [2] que tenon del senhor comte de Peitieus e de Tolosa [3] e devo far CC sols d'acaptes a senhor mudat e 1 cavaler d'ost per tot Agenes, et qui plus lor demandara, forssa los fara.

Es as saber qu'en Gausbert de Preicha, en Aimeric de Preicha, G. de bos, Galhat de Preicha, Amaneu de Preicha, Pons de Preicha, Gauters de Preicha, cavalers, senhors de Preicha, por lor e per tots les successors, e por tots los lors, d'una part,

En P. B. de Preïcha, en estur d'amigas, Ar. de Lesnibat, G. Traves que eran del cosselh de Preicha la doc, Ar. de Fontefreida, Fors d'Estaguar, Ar. de Cales, R. Tozant, Guillem de las Farguas, Ar. W. de Traves, W. d'Estaguar, G. Bret, P. Arquer, P. del Moli, Ar. Barrerra, R. Topiera, P. Destridenx, Annar de Barran, Ar. Turto, Ar. d'Andreo, W. de la Sala, G. Cot, Ar. Friquet, B. de Gartores, B. Teissender, Ar. d'Arestan, S. Bod, R. Teissender, Azam de Barrau, P. de Monmeatge, B. de Sent Bats, P. de Garras, R. Venia, P. Lauzat, P. de Fontefreida, Ar. de Marmanda, Perri, B. del Pugh, B. de Surugo, Joan de Condom, W. d'Austent, B. del Faget, W. del Moli, P. Sira, P. de Bured, B. de la Reira, Guilhem de Colonges, B. de la Fotz, P. d'Arestan, Jean de Lavolp,

Per lors e per tots los lors, e per tots lors successors, e per totes la universitat del predigh castel de Preicha, d'autra part;

Lauseren e autreieren e cofermeren e receuberen las predichas costumas e stabliments, e las agron e las tendron per bonas e per agradablas, totas e cadauna, e promesero e mandero corporalment, toquats los sans evangelis de Deu, jureren d'una part et d'autra que, tot aissi com en aquesta carta es contengut, auran e tendran e gardaran ferma e establa per lor e per tots

[1] Faire paître.

[2] *Dominicaire*, seigneuriale.

[3] Alphonse, comte de Poitiers et de Toulouse, frère de saint Louis et gendre de Raymond VII, comte de Toulouse.

los lors per tots temps, e de contra no venran per lor ni per autra persona en alcun loc ni en alcun temps per negun drech ni per neguna razo ni en neguna manera ; e si per aventura per negun dregh e per neguna razo podian venir encontra a tot aquo renonciegon d'una part e d'autra.

Aisso fo fagh e pausat e acordat a Preicha el castel dins la gleisa de Sant-Johan : testes sunt Johannes de Laicla capelan del mezis loz, Guausbert, prestre, Carbonel de Preicha clerc maestre per lo clerc, et plures alii, et ego dominus de Tarba, communis notarius Agennensis qui utriusque consensu duas cartas d'una tenor scripsi de las quals agro la una li predighs senhors de Preicha, et l'autra agoran li caslanc del mezis loc; et fo aisso fagh VII dias al essit de junh, anno Domini millesimo ducentesimo LXVI, Alphonso, comite Tolosæ ; Petro [1] Agennensis episcopo.

PETITE COUTUME.

AISSO ES LO TRANSLAT DE LA PETITA COSTUMA DE PREICHA.

Noverint universi quod nos Radulphus de Fontanis [2], miles, senescallus Agennensis pro domino nostro rege Franciæ, vidimus et diligenter inspeximus, et legi et scribi de verbo ad verbum fecimus quoddam instrumentum publicum quarumdam consuetudinum castri de Preissano non vitiatum, nec cancellatum, nec in aliquâ parte suî abolitum, confectum per manum magistri Arnaldi Ninot, notarii publici Agennensis, ut primâ facie apparebat, formamque sequitur de verbo ad verbum continens.

Notum sit que en l'an de l'Encarnatio de nostre Senhor

[1] 24 mai 1266 : Pierre Gerlaudi, élu en 1264 et mort en 1271.

[2] Raoul des Fontaines, sénéchal d'Agenois pour le roi de France sur la fin d'un séquestre commencé en 1296, et qui dut se terminer en 1304, ou, au plus tard, en 1305. Ce sénéchal peut bien avoir été le fils ou un parent du célèbre auteur des *Conseils*, P. des Fontaines.

MCCLXXV, regnant lo senhor en Philip[1] rey de Fransa, en Arnald[2], avesque d'Agen, so es assaber, XIII dias al issit del mes de janier, li senhor del castel de Pressan so es assaber, en G. de Bons[3], Gualhart de Preissan, Guauter de la Tor, G. de Preissan, Hamaneu de Preischan, senhors de Preissan, Haimeric de Preissan, Guagres de Preissan, cavaliers, en Guilhem Ar. de Preissan, Bertrand de Preicha, Haimeric de Preicha e Naugers de Preicha, donzels, per lor e per los autres personas senhors del meis castel de Preissan e per tots lors e per tots lors successors.

E li Prohome e li caslan del meis castel de Preissan, so es assaber, en G. Bret, Johan de Condom, G. Traves, W. Ar. Astipa, Fors d'Astacais, Guilhem de Floirac, Guilhem de Syregh, R. Topia, Guilhem Ar. de Bertenxs, G. Bertran; P. Gairaut, Perrin de Preissan, B. Gairaud, Guilhem Doat, G. Daria, P. Gasc, Espagnol de Thomas, Johan Destremps, Johan de la Ribera, P. Lauzat, B. del Faget, B. Teissender, Azam de Barrau, Johan Barran, B. del Pugh, Johan Vidau, Ar. de la Barrerra, P. Folcant, Aymar de Barrau, R. Darelhs, Guilhem Milhola, Guilhem Tortz, P. de Lesinhac, Ar. R. Traves, P. d'Astacau, P. de Restaurat, B. Teissender, Guilhem de Surgo, B. de Bugeg, P. de Lesinhac, Gerves lo Mancel, Esteve de S. Daunes, Johan de Marmanda, W. Tozant, B. de Guarner, P. del Moli, R. de Bibia, Guilhem de Alguareda, Ar. Friquet, P. Destridenxs, Bolhoms de Teyssender, Esteve Bot, Johan de Sant-Peyre, Ar. del Molra, P. de la Crotz, Andreo Sabater, R. de Calonges, Guilhem de Bordas lo macip, P. de Guarrans, Johan Auzel, Ar. Guiraut, B. de la Carrerra, Guillem Auzel, Bertran Teyssender, P. W. Barbier, B. de Surgo, Guilhem Bot, Ar. de Restaut, P. de la Carrerra, en Guilhem Molinier, per lor e per lo cominal, e per tota la universitat del meis castel de Preissan, e per tots lors successors essemps cominalment e acordamens de grat et de voluntat feiro

[1] A la mort d'Alphonse, comte de Toulouse, et de sa femme, survenue l'une et l'autre en 1271, Philippe III, dit le Hardi, roi de France, s'empara de l'Agenois, sur lequel il n'avait aucun droit et qu'il fut obligé de restituer quelques années plus tard à Edouard Ier, roi d'Angleterre. Il le possédait encore en 1275.

[2] Arnaud Delgot, dit Arnaud V, élu en 1271 et mort en 1282.

[3] 19 décembre 1275 : il est nommé *de Bos* dans la grande coutume.

per lo profigh e per la utilitat dels sobredighs senhors e de la dicha universitat e de lors successors aquestas cóstumas que dejus [1] s'enseguon, no departens en re de las autras costumas que avian devant encartadas [2], mais ajustan ad aquelas costumas aquestas que s'ensegon.

1. De la confirmatio de l'autra costuma.

Tot prumerament ratifigueron, aproberon, e cofermeron las dichas costumas autreiadas, escriotas, o encartadas per los senhors e per los caslas del meis castel aissi com dissoren, e volgron e autreieron que las dichas costumas escriotas o encartadas sa en reire [3] temps sian e s tenen e remangan fermas e establas e sian tengudas e gardadas per lors e per lors successors per tots temps entierament e senes tot enfranhement [4].

2. De la electio dels cosselhs.

E ajusteron mais e meso e pauzeron en costuma que tots temps mais per aenant [5] aia VI prohomes de cosselh en lo digh castel, so es assaber, II dels senhors del digh castel e IIII dels caslanxs del mezis loc, li qual juraran sobre sans evangelis de Dieu, en presentia del comunal del meis loc, que be e leialment se auran en lor offici del cossolat, e seran boz e fizels e leials als senhors e al comunal e a tota la universitat del predigh castel, e guardaran e mentenran e sostenran las costumas e ls establiments e los usatges del mehis castel, e faran e redran dregh e razo a tots e a cadau dels plaghs e de las rancuras [6] que venran devant lor, segon lors costumas e lors establiments e lors usatges leialmen a bona fe, e que no i gardaran [7] nulh persona ric ni paubre, ny la u [8] no sostenran ni condempnaran plus que l'autra, mas segon lors costumas e lors establiments, faran e redran dregh e razo a tots comunalment; e aquilh prohome de cosselh estaran I an en lor offici del cossolat, so es assaber, de l'un

[1] *Dessous*.

[2] Mises par cahier. Dans le préambule de la grande coutume on déclare, en effet, qu'elle a été faite *quart per quart*, cahier par cahier.

[3] Autrefois, cà en arrière.

[4] *Infractio*, infraction, violation.

[5] *Per aveniens tempus*, à l'avenir.

[6] *Rancor*, *rancura*, *rancuna*, plainte, réclamation, poursuite judiciaire.

[7] Ils n'auront point égard aux personnes.

[8] Une.

caremantran[1] a l'autre, e quada an a caremantran aquilh prohomes de cosselh hi elegiran[2] autre VI prohomes del cosselh, II dels senhors e IIII des caslas, liqual juraran en presentia de lor e de tota la universitat, e faran semblant[3] sagrament cum desus es dihg, e aquilh prohome que i seran elegitz per lo digh cosselh en lo dich offici que o prenguan e sian tengutz de penre per sagramen, e que negus no o lo ane ni o auza lo anar[4] en neguna maneira, e aqui mezis que l comunal e tota la universitat del meis castel juren quada an al cosselh noel[5] quant auran fagh lo predigh sagrament a l'autre cosselh que devan sera estat; e la forma del sagrament que l comunal fara es aitals, so es assaber, que juraran sobre los sans evangelis de Deu que ilhs seran boz e fizel e leial e obediens al predigh cosselh, e que venran devant lor quant ilh lor o comandaran en lors perssonas, o per messatges, o per crida comunal, e que los acoselharan[6] be e leialment segon lor sen en aisso que ilh lor demandaran per comunal profegh del digh castel, e lor tenran celat e secret en los faghs comunals, e lor valran[7] e lor amandaran[8] a guarder e a sostener e a defendre las costumas e ls establimentz e ls bos usatges del mehis castel a bona fe e a lor leial poder.

3. QUE NULH CAVALER NO BATA CASLAN NI CASLAN NO BATA CAVALER.

Item. An mais acostumat e mes e pauzat en costuma que si nulh cavaliers ni donzel, senher del digh castel, feria ni batia nulh caslan del predigh castel, e aquel hom s'en clamava o s'en rancurava al baile[9] o al cosselh del predigh castel, que aquel senher que auria fagh aquel batement o aquela enjuria done e

[1] Carême entrant, le jour du mardi gras.

[2] Eliront.

[3] Semblable.

[4] Cette phrase, assez obscure, signifie *que nul n'aille et n'ose aller contre de quelque façon que ce soit.*

[5] *Novus*, nouvel ou nouveau.

[6] Conseilleront.

[7] Ils les aideront de leur pouvoir.

[8] Il doit y avoir une erreur de copie. Le sens de la phrase indique qu'il faut substituer à ce mot *ajudaran*, assisteront.

[9] Dans le midi de la France, et particulièrement en Agenois, le titre de *bailli* appartenait aux moindres juges seigneriaux : il correspondait à celui de *prévôt* ou de *vicomte* pris ailleurs.

sia tengutz de donar e de pagar LX sols d'arnaudenx [1] de gatge, la causa proada per la cofessio [2] d'aquel senhor que la batero o la enjuria auria facha, o per sufficiens testimonis si neg [3] i avia, del qual gatge sera la meitat als senhors del digh castel e l'autra meitat al cosselh e al comunal del digh castel ajutori [4] a pagar a las despensas e a las messios que seran fachas per las cochas [5] comunals del meis loc; e aquel senhor que aquela batero e enjuria aura facha, fassa e sia tenguts de far dressa [6] e esmenda sufficient ad aquel que seria estatz batutz al esgard e a la conoguda del cosselh del predigh castel, e aquel baile del digh castel costrengua, e sia tengutz per sagramen de destrenher aquel senhor que auria facha aquela enjuria ades al somomment [7] del digh cosselh, senes tot autre prolongament, e de far e de paguar la dressa et la esmenda ad aquel que sera estatz batuts, aissi com lo dich cosselh o aura conogut e de paguar los dighs LX sols de gatge, e que negus dels predighs senhors sobre aisso no devede [8] penhora al digh baile.

E per meissa maneira si negus del caslas del meis castel fazia o disia laia vilania [9] o aonta [10] a negus dels senhors del digh castel, e aquel senhor s'en clamava o s'en rancurava al baile o als cosselhs del meis castel, que aques caslas done o pague, e sia tengutz de donar et de paguar, LX sols d'arnaudenx de gatge, la causa proada per testimonis sufficiens aissi com deura si neg i avia, o per sa meissa cofessio, del qual gatge la meitat (es) als

[1] L'arnaudenx, ou arnaldenx, ou arnaldin, était la monnaie émise par les évêques d'Agen. Elle valait un cinquième de moins que la monnaie tournoise, et il fallait 5 arnaudins pour faire 4 petits tournois. Elle était, en outre, de 20 sous 10 deniers au marc. Ainsi, en admettant, comme on le fait d'ordinaire, que le marc tournois pesât 250 grammes, et en défalquant un cinquième, soit 50 grammes, il reste qu'avec 200 grammes on faisait 20 sous 10 deniers; chaque sou était donc du poids de 0gr,0941, donnant aujourd'hui 2 fr. 04 c.

[2] L'aveu.

[3] Déni, dénégation.

[4] Applicable.

[5] Affaires.

[6] Redressement, réparation.

[7] *Ad submonitionem*, à la sommation.

[8] *Vetare*, arrêter, empêcher, prohiber.

[9] Laide vilainie.

[10] Expression outrageante.

senhors del digh castel e l'autra meitat al cosselh e al comunal del mehis loc ajutori a paguar las despensas e las messios que seran fachas per los comunals negocis del digh castel, e que aquel caslas fassa e sia tengutz de far dreissa e esmenda ad aquel senhor al qual auria facha e dicha la predicha aonta, a l'esgart e a la conoguda del mehis cosselh del digh castel, si la causa es aitals que dreissa ni esmanda si covengua.

4. Que negus hom ne s clame foras [1] del castel de Preissa.

Item. An mais acostumat e mes e pauzat en costuma que negus hom, senher ni autre del digh castel, no s clame ni s rancure foras del dighs castel de nulh home ni de nulha persona del digh castel, aytant com aquel de cui se volra clamar o rancurar li volha far dregh devant lo baile o devant lo cosselh del mezis castel.

5. Que lo baile e los cosselhs jutgen laz clamors a massa [2].

Item. An mais acostumat e mes e pauzat en costuma que li senhor o ls bailes del digh castel avian los plaghs e jutgen e deffinissen las clamors e las rancuras et las causas que vengan devant lor dels habitants del digh castel e de sa honor, ab lo cosselh del mehis loc, e que li senhor ni lor bailes no fassan ni poscan far enquisitio [3] sobre hom del digh castel de negun fagh senes lo cosselh del meis loc o d'alcun de lor.

6. Que devan paguar los caslas dels acaptes [4] del principal senhor.

Item. Com fos estat contrast entre los senhors et ls caslas del predigh castel sa en reire sobre los acaptes que li senhor del digh loc devo far al senhor maior de la terra quant se muda per razo del digh castel, fo aissi pauzat e ordenat per los predighs senhors e per los predighs caslas desus mentaguts [5], e mes e pauzat en costuma que li predighs caslas e lors successors deven als senhors del digh castel C sols darnadenx ajudori a paguar los acaptes del digh castel quant auran ops a captar per lo mudament del senhor d'Agenes.

[1] Hors.
[2] Ensemble.
[3] Enquête, information.
[4] Fief en censive.
[5] Mentionnés.

7. Del baulamen [1] del feos [2].

Item. An mais acostumat e mes e pauzat en costuma que si contrast era entre alcun senhor de feos e son feuzater de feos que sia en la honor ni el territorri del digh castel de Preissan de feos deguat [3] e boulat sobre aisso que l senhor del feos disses que aquel feos no tenia ni durava aitan com lo feuzaters ne emparava [4], que aquel feuzaters ne sia crezutz e posca salvar e retenir lo predighs feos per son sagrament, e que otra [5] son sagrament lo senhor del feos no li angua ni lh posca anar ni far, ni mova contrast ; e que li feos que degatz ni baulats no so que sian deguats e baulats d'aissi a la prumera [6] san Joan-Baptista que sera, e que de la prumera san Joan-Baptista en la tot feuzaters que tengua feos en la onor o en lo territori del digh castel de Preissan sia crezut per son sagrament e posca salvar e retener am sa ma e ab son sagrament, o sia deguat o baulat o no, et que oltra aquo lo senhor del feos qui ques sia no l ane ni no l posca anar ni tolre [7], ni mermer [8] son feos, ni metre contrast en neguna maneira

8. Del gatge de las malafachas com sia cost [9] levat.

Item. Que si nulhs hom ni nulla fempna d'entendemen [10], sia cavalers o caslas o lor mainada [11], era atenhs en l'autrui malafacha sia penhorat e que l bailes l'en penhore e l'en sia tengutz de penhorar per sagrament a aquel mezis dia que l sia demonstrat aissi com deu en tragua lo gatge que es acostumat sobre las costumas del digh castel senes tot autre maior alongamen, e que sobre aisso ni sobre las malafachas ni sobre los guatges no i sia

[1] Bornage, en latin *bola*, *bolagium*.

[2] Fief roturier, terre tenue à cens.

[3] Mesuré ou arpenté : peut-être clôturé. Ce mot *deguat*, que j'ai vainement recherché, paraît présenter quelques analogies avec le mot français *digue*. Cependant on était dans l'usage d'arpenter les terres soumises au cens plutôt que de les clôturer.

[4] *Amparare*, occuper.

[5] Outre, malgré, en dépit de.

[6] Lisez : *la prumera festa de san Joan-Baptista*.

[7] *Tollere*, enlever.

[8] Amoindrir, diminuer.

[9] *Custus*, *costus*, coût.

[10] Raisonnable, ayant sa raison.

[11] Gens de leur maison, en vieux français *mesnie*. On appelle encore *mainatges* les enfants. Il nous est resté, de ce vieux mot, *ménage*.

parcut [1] ni estalbiat [2] negus que ades no sia penhorat e destregh de pagar lo gatge o d'esmendar la malafacha ad aquel a cui sera estada facha segon que sera o pauca o granda.

9. Com posca far establiments.

Item. An mais acostumat e mes e pauzat en costuma que ls cosselhs am los bailes del mehis castel fassan e poscan far establiment e ostar e mudar e cambiar sobre malasfachas e sobre aquelas causas de que no es facha costuma ni es encartat [3] per costuma, totas horas que a lor sia vist a far al pro [4] e a la utilitat de lor e de tota la universitat del predigh castel ; e que aquilh establiments duren aitan com aquelhs cosselhs que fagh los auran estaran en lor offici del cossolat, e en aissi que s'ensegui a per tots temps mays.

Li quals senhors de sus mentagutz, per lor e per totz lors successors, e li sobredichs caslas, per lor e per totz los autres caslans, habitants e habitadors en lo digh castel e en la honor e en lo destregh [5] del meis castel, manderon e autreieron e promeron tugh essemps [6] fermamen e jureron de lor bos grats, tocats corporalement los sants evangelis de Deu, que tot aissi com melh e plus entegramen es digh e contengut e ordenat e acostumat en la predicha carta facha sa en reire sobre la maior partida de las costumas del digh castel, e tot aissi com melh e plus entegramen en aquesta present carta es digh e contengut e ordenat e pauzat en costuma per lor e per voluntat e per mandamen de lor o faran e o tenran e o guardaran per costuma e o faran far e aver e tener e guardar a lors mainadas e à lors homes, per lor e per tots lors successors per totz temps, senes tot enfranhement [7] e senes amermament [8], e de contrari no faran ni venran essemps ni departidament [9] en negun loc ni en negun temps per nuh dreghs ni per nulha razo ni per nulha exceptio de fagh ni de dregh ni en neguna manera.

[1] *Parcere*, pardonner.
[2] *Salviare, salvivicare,* sauver, exempter.
[3] Mis sur une charte, écrit.
[4] Profit.
[5] District.
[6] Ensemble.
[7] *Infractio,* infraction.
[8] Diminution, amoindrissement.
[9] Séparément, individuellement.

Aisso fo fagh aissi dins lo digh castel de Preissan en l'an e en lo dia sobredighs, présents e testimonis apellats et preguats [1] per los senhors e per les autres proshomes de sus mentagutz B. Aymaric de Montpezat [2], cavaler, Guilhem de Lunatz, senhor d'Aguillhum [3] en sa partida, Pons de Preissa, canonge [4] de la gleiza de Sant-Caprazi [5] d'Agen, Johan de Lailha capela [6] del mehis castel de Preissan, Pons Sos capela del meis loc, P. de Beldia, en Vidal de la Berneda, egoque Ar. Ninot, comunal notari d'Agen qui apelats e preguats de ls senhors et de totz los autres proshomes caslas del mehis castel de sus mentagutz, per mon offici totas aquestas causas escriossi e en publica forma las torni e mon senhal i pausey lo qual es aitals.

(Suit une espèce de paraphe conçu d'une manière assez bizarre et que je n'ai pas cherché à imiter.)

In cujus visionis et inspectionis, lecturæ et scripturæ testimonium sigillum nostrum duximus apponendum. Actum et datum apud Agennum die Veneris ante festum Penthecostes anno Domini, MCCC° III° (8 juin 1303).

[1] *Precari*, prier.

[2] Prayssas est dans le voisinage du château de Montpezat, si célèbre dans l'histoire de nos contrées. La commune de Montpezat fait même encore partie du canton dont Prayssas est le chef-lieu.

[3] Aiguillon. La seigneurie d'Aiguillon, qui fut érigée en duché dans le courant du seizième siècle, avait été longtemps une modeste et obscure seigneurie. Ce texte est, je crois, le seul qui nous fasse connaître le nom de la famille à laquelle elle a primitivement appartenu. Sa situation au confluent de la Garonne et du Lot la rendait facile à défendre, et c'est ce qui explique la réputation de *fort château* et imprenable que lui a faite Froissart dans ses chroniques. Guillaume de Lunats est qualifié de seigneur d'Aiguillon, *pour sa part*, parce que d'autres seigneurs, et notamment le seigneur de l'Agenois, en possédaient d'autres parties.

[4] Chanoine.

[5] La collégiale de Saint-Caprais. L'église desservie autrefois par le chapitre de cette collégiale est devenue la cathédrale du diocèse d'Agen.

[6] Chapelain, prêtre.

DES PRÉSOMPTIONS D'INTENTION

DANS L'INTERPRÉTATION DES LOIS.

Parmi les lieux communs qui ont cours en jurisprudence, il en est un dont maints auteurs se payent sans examen, et qui, bien qu'il paraisse incontestable au sens commun, s'appuie au fond sur une base illusoire et ne tend à rien moins, grâce à cette prétendue évidence, qu'à diminuer ce qui fait l'autorité véritable de la science, le développement libre et logique des principes. Cet adage, qui repose sur une vérité mal comprise, s'énonce ainsi : Pour interpréter un point de droit, il faut, dans le silence de la loi, avoir recours à l'intention présumée du législateur.

La proposition contraire constitue, je l'avoue, un bel et bon paradoxe ; néanmoins, il ne m'est pas possible de reculer devant son étrangeté apparente, et je suis obligé, pour énoncer ma pensée véritable, de la formuler en toute franchise : il n'est pas nécessaire, selon moi, de connaître l'intention du législateur. Je mets à dessein cette proposition catégorique en tête de mon travail, pour éviter tout soupçon d'arrière-pensée, quitte à montrer immédiatement comment je l'entends, et ce qu'il sera convenable d'en rabattre. Je ne m'oppose pas le moins du monde à ce qu'on étudie les documents où les législateurs ont expliqué leur pensée, comme on étudie un monument historique, ni à ce qu'on prenne en très-grande considération l'opinion personnelle de l'un ou de l'autre. Je comprends également la nécessité de rechercher leur intention grammaticale : le texte qui doit servir de point de départ à la science peut être obscur, renfermer des expressions ambiguës, il faut découvrir dans quel sens le législateur les a prises, rien de plus juste. Je comprends encore que, dans une question de nature à être tranchée dans un sens ou dans un autre, sans compromettre les principes de la matière, l'interprète, acculé entre deux raisons contraires et également plausibles, ait recours à l'intention du législateur pour trancher une difficulté que les principes seuls ne suffisent pas à résoudre.

heureux si, forcé de recourir à ce dernier moyen, il ne tombe pas de l'incertitude de la loi dans l'hésitation des législateurs et d'un équilibre de principes dans un équilibre d'intuitions.

Hors de là je ne puis m'empêcher de voir un contre-sens et presque une embûche dans l'emploi de ce moyen d'argumentation, facile comme la fausse érudition et stérile comme elle. Les maîtres, je l'accorde, ne s'en servent qu'en désespoir de cause, mais ils ne nous prémunissent pas assez contre l'abus qu'on en peut faire et que leur exemple semble autoriser. Que de fois telle question majeure, telle théorie organique, grosse de principes, s'ouvrant toute grande aux discussions et ne demandant pas mieux, le terrain une fois donné par les textes, que de pousser, de fleurir, de fructifier par elle-même, suivant sa loi logique, est venue aboutir tout simplement à la question de savoir si tel membre de la commission penchait pour telle opinion ou pour l'opinion contraire ; quelle était en un certain demi-quart d'heure l'arrière-pensée de ce tribun, la nuance d'esprit de ce conseiller d'Etat, la disposition d'âme de cet autre.

Cette préoccupation excessive de l'intention personnelle des législateurs, cette tendance à enrichir, dans une sphère qui ne vit que de liberté, le domaine du principe opposé, cette faiblesse de ne pouvoir se baser sur la loi nue, sans y ajouter des autorités surérogatoires, m'ont paru une chose fâcheuse et qui méritait d'être signalée comme un danger aux esprits jaloux de la dignité de la pensée, et pour qui la science signifie autre chose qu'une simple exégèse.

Une foule d'objections tirées de ce fonds vulgaire d'idées reçues, qu'on appelle si improprement sens commun, ne manqueront pas de m'arrêter au passage. La loi vient du législateur, lettre et esprit. Comment connaître le sens de la loi si l'on ne recherche pas le but auquel on tendait en la rédigeant? Comment concilier avec le respect scrupuleux qui lui est dû l'indépendance d'interprétation que vous revendiquez ?

Des doutes provenant d'une source plus élevée peuvent se présenter également. N'y a-t-il pas, pourra-t-on dire, dans cet appel aux forces propres de la logique, une tendance dangereuse à faire prévaloir le droit naturel, avec ses prétentions d'immutabilité, sur le droit positif, expression parfois rigoureuse, mais le plus souvent juste, des mœurs, des idées, des rapports juridiques

de chaque époque? N'arrivera-t-on pas ainsi, comme tous ceux qui négligent les différences caractéristiques des lieux et des âges, à perdre terre et à s'égarer dans une utopie? Ne s'agit-il pas, en définitive, d'éclairer la loi stricte qui nous gouverne, et n'y a-t-il pas une certaine mauvaise foi à détourner le sens intime des prescriptions législatives et à y transfuser sa propre loi, tout en protestant qu'on respecte leur intégrité? N'est-ce pas enfin compromettre la valeur des études historiques, si importantes ici comme ailleurs, et supprimer de toutes les époques précisément la plus intéressante, parce qu'elle est la plus proche, la plus utile à étudier, à connaître dans ses détails, dans ses vœux, dans ses intentions?

C'est pour aplanir ces doutes et pour réfuter ces objections que j'ai entrepris ce travail.

Dans la première ferveur des études, alors que l'esprit, luttant corps à corps avec les textes législatifs pour se les approprier par la mémoire et le raisonnement, ne songe qu'à les analyser, article par article, la maxime d'interprétation que je combats aujourd'hui s'offre, je l'avoue, avec toute la puissance d'un axiome indiscutable. La loi est un maître dont il faut comprendre les ordres, et si ce maître se tait sur un point, il faut étudier son geste, son maintien, son intention secrète, la chose est évidente.

Vient ensuite une autre période par laquelle tout esprit large a passé, la période d'indépendance absolue. Maître, on le pense du moins, des difficultés matérielles, dominant de haut, on s'en flatte, et embrassant d'un regard synthétique l'ensemble des principes fondamentaux, on éprouve de magnanimes sentiments de révolte; on a découvert çà et là des lacunes, des inconséquences; on a tâché de remédier aux contradictions ou de suppléer au silence par l'intention cachée du législateur, et l'on s'est aperçu que le législateur, souvent, n'avait eu aucune intention, ni patente, ni déguisée; peu à peu le fétiche, dont les moindres caprices étaient sacrés et dont on épiait anxieusement le moindre geste révélateur, se transformait en une sorte de despote inintelligent prononçant des oracles sans suite, et se chargeant lui-même de les démentir. Le moins qu'on pût faire c'était de se boucher les oreilles. Remplacer ce tyran était la chose du monde la plus facile : qui donc n'a pas eu dans sa cervelle une théorie

complète, prête à en sortir tout armée, comme la Minerve antique?

Bien que cet individualisme outré n'ait qu'une valeur nécessairement transitoire et ne soit, pour ainsi dire, qu'un détroit à passer, je sais qu'il arrive à certains esprits de n'en pas tenir compte et de s'ancrer dans ce passage, au lieu de le franchir. Mais peut-être, bien que fourvoyés, sont-ils moins dans le faux que ces stationnaires nombreux qui, trop fidèles au point de départ, ne sauraient ni ne voudraient avancer d'un pas ; car s'il y a deux manières de ne pas arriver au port, dont l'une est de rester en chemin, l'autre, et la plus sûre, est de ne pas partir du tout.

Ces deux stations cependant ne sont que des phases passagères pour les intelligences sainement constituées. On arrive non pas à une opinion juste-milieu, ce qui n'est jamais que le compromis de la faiblesse, mais à un point de vue qui, tout en supposant l'existence des deux premiers, les dépasse et en concilie la contradiction. A ce point de vue à la fois philosophique et pratique, on ne peut plus ni vénérer, ni mépriser la loi positive, on l'accepte, en se réservant le droit de la juger; on s'en pénètre, et, les principes une fois posés et éclaircis, on les laisse faire ; la loi devient vivante et l'on se sent le droit et la mission de l'appliquer avec toute la largeur de l'équité, quand on est magistrat; avec toute la largeur de la raison, quand il s'agit de cette application plus éloignée qui s'appelle l'interprétation doctrinale, ou, pour lui donner son vrai nom, la science.

Cette science est imparfaite, je le sais; elle n'a pas, comme les sciences exactes, une existence toute rationnelle, des bases immuables, une apodictique qui ne varie jamais; elle puise ses éléments dans le domaine contingent des lois positives ; mais, qu'on veuille bien y faire attention, ceci n'est vrai que pour la science à un moment donné; car si l'on remarque que le droit a commencé par être un fait de la conscience et combien grande est l'influence de la doctrine sur les changements de lois à chaque époque de transformation, on sera bien obligé de reconnaître à la science, prise dans son ensemble historique, une valeur absolument rationnelle. De ce double caractère découlent d'importantes conséquences : la loi positive, science avant la promulgation, redevient science pure après l'abolition ; au contraire, tant qu'elle est revêtue de la sanction publique, cet élément étranger

crée entre elle et la science des rapports complexes et contradictoires. En effet, d'une part, la loi positive non-seulement donne à ceux des principes scientifiques qu'elle sanctionne la consécration de la force, mais rend encore le plus éminent service à la science elle-même, en lui fournissant une base fixe et non sujette à discussion, bienfait inappréciable que d'autres sciences plus complétement métaphysiques feignent de dédaigner et lui envient tout bas. Privée de cette base, la science, purement naturelle, perdrait toute unité et toute solidité ; le chaos des systèmes individuels remplacerait ce travail commun, cette marche simultanée des esprits qui fait au droit une place à part entre toutes les créations de la pensée, et parmi ces systèmes c'est précisément dans les plus philosophiques, les plus largement conçus selon les lois intellectuelles, que se dévoilerait le plus d'impuissance à atteindre le but immédiat et pratique de chaque époque, car l'une des tendances les plus invincibles de la pensée pure, étrangère par là même aux nécessités temporaires, est de les franchir toutes pour courir à l'accomplissement, ou, si l'on aime mieux, de précipiter dans les choses, où l'histoire marche si lentement, le développement qui s'opère en un instant dans l'esprit. Au fond de ce droit naturel que tant de philosophes illustres ont essayé, il y a un perpétuel déni de justice, et il ne peut venir à personne l'idée d'en réclamer l'avénement dans le domaine de la réalité.

Ainsi, donner à la science de tous les temps une assiette certaine, une solidité imperturbable, tel est le rôle de la loi vis-à-vis du droit. Mais ce rôle est double, et dans le bienfait même est contenu l'inconvénient. Je ne parle pas ici des lois foncièrement mauvaises et injustes, ni même des lois incomplètes ou contradictoires, je fais à la loi la meilleure part possible et je la suppose fondée en raison, adaptée aux besoins de l'époque, acceptée par la conscience universelle. Qu'arrive-t-il? La loi est inerte et le droit marche. La loi, monument immobile, date du quatorzième siècle, le droit est du seizième, du dix-huitième siècle ; cette base si inébranlable, si solide, est un peu trop solide, trop inébranlable ; elle soutenait le droit, aujourd'hui elle le retarde ; elle va plus loin : elle reproche à la science d'oublier ses bienfaits, elle la rabaisse, lui dit : Tu n'existes que pour m'interpréter ; elle lui applique presque la vieille for-

mule de servage de la pensée : *philosophia ancilla theologiæ ;* elle l'enchaîne de cette supériorité, de cette suzeraineté prétendue, afin de la rendre immobile comme elle.

Tel est l'éternel conflit des deux formes sous lesquelles se manifeste le droit,— du droit sanctionné, authentique, qui s'incarne à demeure fixe, surtout quand cette incarnation adopte les proportions vastes, l'aspect définitif, les prétentions de longue vie d'un Code, — et du droit vivant, scientifiquement mobile, essentiellement jaloux de sa liberté d'allures et de la spontanéité de son développement.

Qu'à cette cause pour ainsi dire organique de conflit viennent s'en joindre d'autres, malheureusement inévitables, l'obscurité d'un texte, les lacunes, les antinomies ou même les impossibilités soit d'équité, soit de logique, cette tension réciproque prend un caractère plus tranché encore et va sans cesse en augmentant, jusqu'à ce que cette loi, désormais sans fondement rationnel et ne constituant plus qu'un fait inerte, redevienne science par l'abrogation et que ces derniers produits de la science qui laissaient la loi en arrière deviennent loi eux-mêmes. Cette fusion s'opère nécessairement, mais selon des modes divers. Tantôt la loi se renouvelle elle-même, par acte législatif, mode tardif de sa nature, mais le seul que nous ayons conservé; tantôt les arrêts de la justice, comme ceux de nos anciens Parlements, prennent une forme réglementaire, ont force de loi pour l'avenir, corrigeant ainsi la lenteur de la législation générale ; ce procédé, nuisible à l'unité de la jurisprudence, est plus regrettable qu'on ne pense au point de vue de l'évolution calme et libre des idées juridiques ; tantôt enfin, fusion la plus directe, la plus vivifiante de toutes, la doctrine, comme au temps des *responsa prudentium*, ajoute à sa force morale la force exécutoire, triomphe incessamment du fait, sans chocs et sans combats, en s'incorporant avec lui, et par cette transfusion d'idées dans le corps sans cesse rajeuni du droit positif donne à la législation tout entière cet aspect de spontanéité, de croissance organique, de développement rationnel, qui a valu au droit romain le nom admirablement exact de *raison écrite*.

Là ne se borne pas cependant l'activité du principe rationnel dans sa perpétuelle lutte d'assimilation avec le principe opposé. Quand ces moyens directs de conciliation lui font défaut ou se

montrent trop lents à venir, il arrive aux mêmes fins par les voies indirectes. Sanctifiant ses usurpations apparentes par la légitimité du but à atteindre, il tourne l'obstacle qu'il ne peut anéantir, il commence par fausser la loi qui le gêne, il la circonvient de palliatifs, de fictions, de fraudes et, si tout cela ne suffit pas, il la supprime.

Cette situation bizarre d'une loi qui n'est plus même un fait, s'appelle désuétude et ne s'observe guère que là où une grande explosion d'idées, une révolution sociale, une codification générale, n'ont pas régénéré de fond en comble la législation du pays. L'histoire du droit romain offre en grand ce phénomène remarquable, mais marqué là à un coin de vigueur, de constance et de parti pris qu'on ne retrouve pas ailleurs. Tout le progrès de l'ancien droit de Rome n'est que l'histoire de la lutte machiavélique du principe d'équité et de raison libre contre le principe de rigueur et d'immobilité représenté par le droit quiritaire. Entre ces deux éléments contraires la fusion indirecte, oblique, est, pendant des siècles, la seule qui soit possible, et c'est peut-être cette admirable et persévérante mauvaise foi du préteur des anciens temps qui, transmise d'âge en âge comme un héritage de liberté, amena cet immortel épanouissement de la science au siècle d'Adrien, époque unique et glorieuse où à l'œuvre lente de la ruse, aux défaites inavouées de la loi positive sans cesse succombant dans l'ombre aux guet-apens de la pensée, succéda le triomphe calme et légal de l'idée juridique dans son développement naturel.

Sans suivre les manifestations de cette loi d'empiétement à d'autres époques, dans l'histoire des lois anglaises par exemple, où l'on retrouve également ces suppressions sournoises des textes positifs, ces vieilles lois déchues et non abrogées, ces côtoiements de la loi roide et stricte par la raisonneuse et libre équité qui se font jour jusque dans la procédure actuelle (*Court of justice, Court of equity*, antithèse vraiment romaine), sans aller plus loin et rien qu'en embrassant d'un coup d'œil l'histoire du droit et la constance de ses procédés, on arrive facilement à se convaincre que ce qui importe à la science, c'est avant tout le respect d'elle-même et la conscience de sa valeur propre, c'est l'appréciation juste de sa situation vis-à-vis de la loi positive, c'est, en face de cette loi positive qui n'est pour elle que la constatation au-

thentique et obligatoire des principes *scientifiques* sur lesquels le travail *scientifique* doit se faire, le courage de maintenir ses priviléges naturels et de repousser tout ce qui n'est pas la loi pure et simple, car ce qu'elle lui demande n'est pas autre chose que ce que l'arbre demande à la terre : un appui. Elle croîtra bien toute seule.

Tout à l'heure, en montrant combien la mauvaise foi est une qualité essentielle du progrès juridique, j'ai dépassé ce qui m'était nécessaire pour appuyer mon raisonnement. De peur qu'on ne m'accuse d'avoir jugé *ultra petita* et de n'avoir, en prouvant trop, rien prouvé, je me hâte de revenir au temps qui est le nôtre, et d'expliquer ce que j'entends faire valoir de mes preuves, et ce qui n'est bon qu'à conserver pour mémoire. Je crains trop qu'on ne me reproche de vouloir ressusciter le préteur ou d'envier la procédure civile de la Grande-Bretagne, pour ne pas faire ici les plus larges concessions. Nous avons eu, je le sais, notre grand siècle comme les jurisconsultes romains ont eu le leur, et l'on peut jusqu'à un certain point, en continuant cette comparaison, dire que le Code Napoléon, résumant tous les efforts et tous les travaux des siècles précédents, est pour nous ce que les Pandectes de Justinien furent pour l'empire romain, une conquête définitive, un apaisement des luttes, une fusion vaste et intelligente de la tradition et du progrès. Aussi n'ai-je point à cœur de raviver la vieille guerre de guérillas de la raison contre la routine. Mais une chose demeure : c'est pour la science le droit et le devoir, après avoir reconnu, éclairci, expliqué les textes, de se développer par elle-même, sans s'occuper autrement de l'intention secrète du législateur qu'elle ne s'occupe de l'histoire en général. Elle est sûre aussi d'être dans la voie droite et ses empiétements mêmes, si telle lacune ou telle contradiction restée dans la loi l'y pousse, n'enfreindront pas la loi, à prendre ce mot dans le seul sens élevé dont il soit susceptible, et n'offenseront pas le respect qui lui est dû.

Le respect de la loi ! Grand mot qu'il s'agit d'expliquer, gros mot, allais-je dire, tant l'on s'en sert parfois avec colère. Ce respect de la loi, qu'il ne faut pas confondre avec le respect de la légalité, la plus grande et la plus précieuse des vertus civiques, me semble, à franchement parler, un véritable malentendu. Ce que je prie de ne pas confondre, il m'est avis qu'on le

confond souvent. Tout respect est dû, sans restriction, à la légalité, à la conformité aux lois des actes de chacun, mais la loi elle-même n'a pas besoin de notre respect, elle ne veut que notre obéissance. On respecte ce qui n'a pas de sanction matérielle, ce qui est sans défense dans l'ordre physique, l'enfance, la vieillesse; l'homme vigoureux, on l'estime peut-être, mais surtout on le ménage. Obéissance stricte à la loi comme telle, respect du droit dont elle est la racine temporaire, voilà la seule maxime que la science puisse écrire sur son drapeau. C'est à Sparte, je pense, mais ce n'est qu'à Sparte que les éphores en entrant en charge pouvaient enjoindre au peuple non pas d'observer les lois, mais de les aimer. Dans les sociétés qui dépouillent à peine la barbarie primitive, la loi, seul lien, seul espoir de salut de la communauté, paraît en même temps si faible, si peu capable de s'imposer, cette protectrice a tant besoin de protection elle-même, que ce n'est pas assez de demander pour elle l'obéissance et que religion, patriotisme, patrimoine, famille, tout s'unit forcément pour lui assurer un respect et un amour sans bornes. Mais aujourd'hui la loi est forte; point de puissance hors d'elle ou contre elle; aucune crainte n'est possible pour son inviolabilité; ce n'est donc plus elle qu'il faut entourer de ce respect, c'est le principe de vie sans lequel toute loi n'est qu'une chose morte, la conscience du droit dans ceux qui s'appliquent à sauvegarder et à augmenter l'héritage scientifique, et cette liberté de l'intelligence, qui est dans le monde moderne la condition nécessaire aussi bien de la science que de la cité.

Un doute majeur peut subsister encore et il faut se hâter de le dissiper. Cette obéissance pure et simple à la loi formelle, c'est du pharisaïsme, dira-t-on; qu'est-ce que la loi sans l'esprit qui y règne, et comment découvrir cet esprit sans interroger, dans le silence de la loi, l'intention que le législateur a oublié d'exprimer? A cela je réponds : De deux choses l'une; les intentions cachées sont obligatoires : ou parce que vous les supposez faire partie intégrante de la loi et participer de sa force exécutoire, ou, si cette opinion se trouve insoutenable et qu'elles ne fassent pas partie de la loi, parce qu'elles sont du législateur aussi, parce qu'elles sortent de la même bouche matérielle que la loi; en français, parce que le législateur est infaillible.

Ce dernier mot, bien qu'il ait l'air d'une plaisanterie, serait très-pauvre s'il n'était sérieux. Le dilemme que je pose a pour but précisément de séparer et de montrer en regard l'une de l'autre les seules raisons dont s'appuie l'opinion que je combats, et qui, bien que mutuellement exclusives, profitent d'un certain demi-jour où on les laisse pour se joindre et prendre à elles deux une apparence de vraisemblance.

Quant à la seconde alternative, entreprendre sérieusement de la réfuter serait superflu. Il suffit de l'énoncer pour la détruire, mais l'énoncer était inutile. L'idée orientale et antique de l'inspiration divine des lois flotte encore çà et là à l'état de croyance vague ; personne n'oserait la défendre, mais elle est au fond de bien des opinions arriérées. Soutenir que toutes les considérations rationnelles tombent devant la preuve d'une intention cachée du législateur, encore qu'elle ne fasse pas partie de la loi obligatoire, n'est-ce pas commettre un anachronisme étrange et confondre avec la loi qu'écrivit la foudre sur le mont Sinaï, ou avec celle que l'Isis voilée des bords du Nil dictait au fabuleux Hermès, la loi très-prosaïque et très-peu mystérieuse de la France au dix-neuvième siècle ?

On se rejettera sur la première alternative ; on soutiendra que la loi telle quelle est incomplète, et que rechercher l'intention de ceux qui l'ont faite est non pas ajouter à la loi un élément hétérogène, mais la compléter dans son esprit. Cette opinion repose sur l'idée fausse de l'identité de l'esprit de la loi et de l'intention ou des intentions du législateur ; c'est là encore une croyance vague, un quiproquo qui ne résiste pas à l'examen. Le législateur n'a pas fait la loi, quant à son contenu ; il s'est borné à choisir ; les principes choisis par lui sont inviolables de ce moment, mais ils sont dominés par une intention bien autrement haute que l'intention de celui qui les a sanctionnés : au-dessus de la volonté du législateur il y a la volonté des choses ; ces principes posés par la loi en appellent d'autres qui en découlent rigoureusement, dialectiquement ; si ces derniers sont formellement déniés par la loi, il n'y a rien à dire et l'on doit s'incliner ; mais s'ils ne le sont pas, et c'est de cette hypothèse seule qu'il s'agit, puisqu'il est question de rechercher l'intention, faudra-t-il faire mentir la logique et abdiquer le premier droit de l'esprit pour complaire aux contradictions virtuelles du législateur ?

Non, certainement. Ce qu'il faut rechercher, c'est l'intention totale de la loi, ce qui ne revient pas à dire la somme des intentions partielles du législateur, puisque ces intentions parfois se heurtent. C'est cette *intention totale*, laquelle peut-être le législateur n'a pas vue, c'est cet esprit de la loi que le développement scientifique a pour but de faire apparaître, et l'on voit, sans que j'insiste davantage, dans quels désaccords fréquents, mais légitimes, l'interprète qui comprend la hauteur de sa mission peut se trouver avec ces intentions partielles.

Ainsi, il n'est pas question de donner le pas au droit naturel, nous l'avons jugé, ni d'affaiblir l'histoire, car c'est au contraire pour réduire au rôle d'histoire les discussions officielles, où l'on va d'ordinaire poursuivre les intentions présumées, que j'ai écrit ces lignes ; il n'est pas davantage question de trancher du préteur ni du Papinien ; bien que la situation réciproque de la loi et du droit soit une de ces antinomies éternelles, qui peuvent changer de nuance et diminuer de tension, sans cesser jamais de subsister, les conditions où nous nous trouvons au temps présent nous évitent d'user de ce privilége extrême que j'ai appelé la mauvaise foi nécessaire du progrès. Les hautes maximes d'équité qui dominent notre législation rendent désormais le droit prétorien inutile, et ce qui reste d'imperfections et de lacunes dans le Code, je parle au point de vue de la logique et non à celui de la justice, est plutôt un bien qu'un mal ; toute ma crainte est qu'on l'améliore, car tel qu'il est, quoique infiniment moins rigoureux et plus compréhensif que la loi stricte où le *prætor peregrinus* faisait entrer par ruse la fiction qui devait la détruire, la marge est encore assez grande, la loi offre encore assez de prise pour empêcher la science, c'est-à-dire la vie, de s'énerver faute de mouvement, et de perdre ses libertés faute d'en faire usage.

Résumons-nous. Les résultats auxquels nous sommes arrivés sont les suivants :

L'intention du législateur n'est pas obligatoire pour la science, quand elle n'est pas formellement exprimée ;

L'esprit de la loi n'est pas identique de sa nature à l'intention du législateur ;

L'esprit de la loi n'est autre chose que le développement scientifique des principes y posés ;

Ce développement peut, par le fait, négliger, dépasser, suppléer l'intention du législateur.

User de ce large droit d'interprétation, accepter la loi positive, non-seulement parce qu'il le faut, mais comme une condition de solidité, comme ces semelles de plomb que Bacon recommande à la philosophie, rejeter de cette loi tout ce qui n'est pas elle, tout ce qu'elle n'a pas expressément marqué de son sceau, et là-dessus laisser faire la logique, tel est le droit, telle est la mission de la science. Au contraire n'oser faire un pas sans le contrôle d'une autorité qui n'en est pas une, se préoccuper outre mesure des intentions d'un homme qui n'est plus législateur hors de la loi formelle, s'acharner à trouver des intentions même quand il est évident qu'il n'y en avait pas, craindre de violer non-seulement la loi, mais ce qui aurait pu l'être, et trembler devant une chimère, c'est tout ce qu'on voudra, hormis de la jurisprudence.

Quelques-uns des jugements portés ici seront peut-être trouvés un peu vifs, mais j'ai l'espoir qu'ils n'offusqueront personne. J'ai attaqué une tendance, voilà tout. On me rendra cette justice que, dans une matière où les citations, disons le mot, les personnalités étaient faciles, je n'ai pas succombé à la tentation, ni dépassé les limites de l'attaque permise, ordonnée même, s'il est vrai qu'il n'y ait pas au monde de voix plus impérieuse que celle d'une conviction véritable. Sans doute je ne me flatte pas d'exercer sur la question une bien grande influence et certes les pages qu'on vient de lire auraient infiniment plus de poids, si elles étaient signées de tel nom qu'on révère. J'ose croire néanmoins qu'une parole à peu près anonyme, mais franche et convaincue, aura en candeur ce qui lui manque en autorité, et que si l'on y trouve une idée profitable, elle n'en sera pas moins bien accueillie, pour n'avoir trouvé qu'un champion obscur et inconnu.

A. WILLM,
Docteur en droit.

DE

LA HIÉRARCHIE DU MINISTÈRE PUBLIC.

Depuis l'origine de l'institution jusqu'à nos jours, l'organisation du ministère public en France a subi de notables transformations et a eu à recueillir successivement de nombreux et considérables accroissements d'attributions. Il y a loin, en effet, malgré la trompeuse synonymie des appellations, du ministère restreint, instable et entièrement privé, des premiers avocats et procureurs du roi, sous notre ancienne monarchie, aux fonctions multiples, élevées et éminemment sociales, des membres du parquet, dans ces derniers temps, et à la participation active et importante assignée à ces magistrats par notre droit moderne dans l'administration de la justice civile et criminelle.

L'histoire détaillée de ces transformations successives et de leurs causes, l'étude chronologique et philosophique de tous les progrès et agrandissements de ce corps spécial de magistrature, qui tient une si grande place dans nos institutions judiciaires actuelles, présentent assurément le sujet et les éléments d'un travail plein d'intérêt. Mais, indépendamment de ce que cet exposé historique a été tenté avec talent et succès dans bon nombre d'ouvrages à juste titre estimés [1], une tâche de cette étendue dépasserait et de beaucoup les limites de l'étude que nous nous proposons de tracer ici à propos d'un ouvrage publié récemment [2]. Nous devons donc nous restreindre à rappeler, sans re-

[1] Voir notamment Merlin, *Rép.*, vis MINISTÈRE PUBLIC, AVOCAT DU ROI, AVOCAT GÉNÉRAL, PROCUREUR GÉNÉRAL, PROCUREUR DU ROI, JUSTICE, COMMUNICATION.— Dalloz, *Nouveau Rép.*, vo MINISTÈRE PUBLIC.— Mayer, *Instit. judiciaires.* — Ortolan, *Du ministère public en France*, t. Ier, introduction. — Faustin Hélie, *Traité d'instruction criminelle*, t. Ier. — Pardessus, *Essai historique sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII.*

[2] *Les Codes annotés des circulaires*, ouvrage dans lequel les décisions ministérielles et autres instructions à l'usage des parquets sont résumées sous les articles des lois, décrets et ordonnances auxquels elles se rapportent, par M. Aug. Addenet, procureur impérial à Sainte-Menehould; 1859, Cosse et Marchal.

monter trop haut dans l'ordre des temps, parmi les points les plus saillants des origines et de l'histoire des parquets, ceux qui nous ont semblé plus particulièrement de nature à faire ressortir la séparation caractéristique tracée, par les siècles et les nécessités d'une civilisation plus avancée, entre le présent et le passé de l'institution du ministère public, au point de vue spécial de la hiérarchie du corps des parquets, de l'unité et par suite de la puissance de l'action publique dont l'exercice leur est confié.

Il paraît infiniment probable qu'il exista au Parlement de Paris [1] des avocats du roi assez longtemps avant l'époque où l'on voit pour la première fois apparaître près de cette même juridiction un agent judiciaire de la couronne spécialement revêtu du titre de *procurator regius*, d'où l'on a fait *procureur du roi*. La qualification et les fonctions d'avocat du roi, suivant la plupart des auteurs qui ont traité la matière, remonteraient à l'origine même du barreau. Dévolues dans le principe et de droit au plus ancien gradué du siége, ce ne fut que plus tard que ces fonctions furent déférées par le choix personnel du souverain et bien plus tard encore que la charge d'avocat du roi fut érigée en titre d'office [2]. Suivant Merlin, Gabriel de Marillac aurait été, au commencement du seizième siècle, le premier avocat du roi auquel fut donné le titre d'avocat général ; mais depuis Antoine Seguier, en 1587, cette dénomination nouvelle devint commune à tous les avocats du roi au Parlement. Dès lors l'ancienne dé-

[1] On sait que le Parlement de Paris fut le premier Parlement permanent du royaume. Celui de Toulouse et l'Echiquier de Normandie datent cependant aussi du règne de Philippe le Bel (1285-1314).

[2] On donnait déjà, dit Merlin, des provisions de cet office dès 1331 : il y en a, ajoute-t-il, à cette date sur les registres du Parlement de Paris pour Gérard de Montaigu, où il est dit : *Advocatum nostrum pro nobis et nostris causis civilibus in parliamento nostro præsenti, cœterisque parliamentis futuris*. La fonction était déjà permanente, et il y avait deux avocats du roi au Parlement, l'un clerc pour les causes civiles, l'autre laïque pour les affaires criminelles. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que les lettres de provision des offices d'avocat du roi portaient généralement que l'office était conféré pour en jouir tant qu'il semblerait bon au roi, mais que les Parlements se refusèrent constamment à enregistrer ces lettres avec de semblables restrictions, de sorte que lorsque, sous François Ier, fut admise la vénalité des charges de judicature, elle fut étendue en fait aux offices d'avocat du roi.

signation (avocat du roi) fut exclusivement réservée aux avocats royaux portant la parole devant les présidiaux créés en 1551, et devant les juridictions royales inférieures.

C'est à partir du commencement du quatorzième siècle [1] que se produit et se développe, parallèlement au corps des avocats du roi, le corps spécial des procureurs du roi. Ce corps, dont la création répondait, sans doute, à quelque impérieuse nécessité du moment, vit rapidement s'accroître le cercle de son personnel en même temps que celui de ses attributions. Des lettres du roi Jean (1352) prouvent que, dès cette époque, il existait un procureur général au Parlement de Paris, et, dans de très-anciens arrêts, il est question des substituts du procureur général près les bailliages. L'institution nouvelle gagnant de proche en proche, dans l'espace de moins d'un siècle, s'étendit du Parlement de Paris aux autres Parlements du royaume, aux juridictions royales subalternes et même aux juridictions seigneuriales et aux officialités [2].

Le ministère de l'avocat du roi se manifeste tout d'abord sous la forme d'un ministère exclusivement privé. L'avocat du roi est et sera, pendant de longues années, l'avocat de toutes les causes et de toutes les parties [3], son seul privilége au regard de ses confrères du barreau est de défendre à l'occasion les intérêts litigieux de la couronne. Le rôle du procureur du roi est également, dans l'origine, très-borné. Substitués aux baillis et sénéchaux, lorsque ceux-ci se virent, par le développement même de leurs multiples attributions, contraints à s'en tenir aux fonctions d'officiers de la justice du roi, les procureurs du roi furent investis d'abord de l'unique mission de veiller aux intérêts fiscaux de la couronne ; bientôt ils reçurent celle de *faire avancer les propres causes du roi* engagées devant les diverses juridic-

[1] Ordonnances de 1302 et 1319.

[2] Il y eut un procureur général dans chaque Parlement, et sous lui des substituts, ses simples délegués dans le principe, mais dont les charges furent plus tard (en 1580) créées en titre d'office. Les juridictions royales inférieures eurent leurs procureurs du roi, placés de bonne heure sous la direction du procureur général, les justices seigneuriales, leurs *procureurs fiscaux* et les officialités des *promoteurs*.

[3] Il ne fut jamais interdit aux avocats du roi de porter la parole pour les simples particuliers, mais il est à croire qu'ils cessèrent d'user de ce droit dès que leurs fonctions officielles eurent pris une certaine importance.

tions et de *tenir conseil avec ses avocats*, dans toutes les affaires intéressant le souverain[1]. Les causes dans lesquelles celui-ci figure comme partie vont se présenter plus fréquemment devant les justices civiles, au fur et à mesure que le domaine royal, entre des mains plus énergiques et plus indépendantes, tend à s'arrondir, et devant les juges de répression du jour où commence à prévaloir ce principe, formulé déjà vers le milieu du treizième siècle, *que le roi a de son droit la garde générale du royaume*[2]. L'importance des fonctions des avocats du roi et plus tard de celles des procureurs du roi se développe à ce premier point de vue, en proportion même du nombre et de la grandeur des succès qu'obtient la couronne dans sa lutte incessante contre la féodalité; elle s'accroît particulièrement à mesure que la justice royale poursuit avec plus de vigueur l'œuvre, longue et laborieuse, commencée par Philippe-Auguste et saint Louis, consommée seulement à la veille de la chute de la royauté et avec le concours d'une force nouvelle fatale à la royauté même, de la suppression des justices seigneuriales et des officialités[3].

Trois faits, en dehors des causes générales de progrès qui viennent d'être indiquées, favorisèrent principalement les développements de l'institution naissante du ministère public. Ce furent, en matière criminelle, la substitution de la poursuite d'office à la poursuite sur dénonciation et la transformation radicale que subit, du treizième au quinzième siècle et par voie d'emprunt aux formes usitées devan tles juges d'Église, la procédure criminelle laïque. Ce fut, en matière civile, la consécration, par la jurisprudence des Parlements, du remarquable et antique usage de communiquer aux avocats et procureurs du roi certai-

[1] Ordonnance de 1319.

[2] Beaumanoir, ch. Ier, §§ 13 et 14, et ch. XXXIV, § 41. Suivant Pardessus (*Essai historique*), il y aurait eu, dès le treizième siècle, au Parlement de Paris, un office du ministère public chargé de poursuivre les crimes.

[3] Les justices seigneuriales démembrées par l'érection des bailliages, sénéchaussées, prévôtés du roi, par l'institution de l'appel au roi, par la distinction des cas ordinaires et royaux et l'introduction des droits de prévention ne furent cependant définitivement supprimées que par l'article 6 du décret du 4 août 1789. Les officialités, battues en brèche par les mêmes armes et par les appels comme d'abus, ne furent complétement abolies que par l'article 13 du décret des 6-11 septembre 1790.

nes causes d'une nature particulière et d'intérêt général [1]. Ces trois événements n'apportèrent toutefois à l'institution aucun nouvel élément d'unité et de concentration de forces ; ils eurent plutôt pour résultat de caractériser davantage et tout au moins de perpétuer la division préexistante entre les deux ordres d'agents du ministère public. D'une part, en effet, si un rôle des plus importants [2] était réservé aux procureurs généraux et aux procureurs du roi dans la poursuite d'office des crimes et dans le jeu de la procédure criminelle, inquisitoriale (secrète et écrite) qui, peu de temps après l'époque de leur création, tendit à remplacer la procédure accusatoire (publique et orale) en usage jusqu'alors dans le royaume, il semble qu'il n'ait pu y avoir place, dans le mécanisme nouveau de l'institution criminelle, pour les avocats du roi, hommes exclusivement d'audience et qui, issus du barreau, devaient en conserver, ainsi que nous le dirons plus loin, les traditions jusque dans des temps très-rapprochés du nôtre. D'un autre côté, la communication des affaires

[1] Cet usage paraît avoir pris naissance de très-bonne heure; dès le quinzième siècle, la jurisprudence des arrêts tendit à le rendre obligatoire. L'ordonnance de 1667, en ouvrant la voie de la requête civile dans les affaires concernant le roi, l'Eglise, le public et la police, qui n'auraient pas été communiquées aux avocats et procureurs du roi, ne fit que régulariser un état de choses consacré par de très-anciennes habitudes. On doit remarquer que cette ordonnance, dans son article 34 (tit. XXXV), n'exigeait pas la communication des affaires concernant les mineurs, les interdits, les femmes mariées et les absents. C'est une lacune qui ne fut comblée que par le décret des 16-24 août 1790.

[2] La séparation du rôle du juge de celui de l'accusateur devait être la conséquence de l'adoption du principe de la poursuite d'office. Cette conséquence ne se dégagea nettement qu'à l'aide du temps, et l'on voit, par les dernières remontrances du Parlement de Paris (remontrances de novembre 1774), combien la vieille maxime contemporaine de la suppression de la poursuite sur dénonciation, suivant laquelle tout membre du Parlement était de droit procureur général du roi, avait poussé de profondes racines dans notre ancien droit. En fait, néanmoins, les procureurs du roi paraissent avoir été, d'assez bonne heure et dans les cas ordinaires, investis, par l'usage d'abord, par les ordonnances royales ensuite, des fonctions d'accusateurs exclusivement à tous autres. Par là, ils reçurent le droit d'initiative de toute procédure criminelle ; puis, ils en eurent la direction en quelque sorte entière, lorsque leurs conclusions écrites furent devenues l'un des éléments essentiels de l'instruction criminelle par enquête, écrite et secrète, à ses diverses phases.

civiles ordinaires fut toujours, d'après l'usage, réservée aux avocats généraux et aux avocats du roi ; il n'y eut jamais lieu de communiquer aux procureurs généraux et procureurs du roi que les affaires civiles instruites par écrit, et, le nombre de ces dernières étant naturellement beaucoup moins considérable que celui des premières [1], il dut en résulter et il en résulta que les avocats du roi obtinrent, et conservèrent de tout temps, au civil, une sorte de suprématie sur les procureurs du roi, suprématie qui fut la contre-partie de celle que ces derniers exercèrent au criminel au regard des avocats du roi.

C'est ainsi que paraît s'être peu à peu élargie, au moyen des agrandissements successifs et en quelque sorte alternés des rôles spéciaux des avocats royaux et des procureurs du roi, la sphère des attributions générales du ministère public. C'est ainsi que se perpétua, en même temps, entre ses deux ordres d'agents une ligne de démarcation, une sorte d'antagonisme tout à fait incompatible avec les nécessités d'une forte discipline.

Cet état de choses ne fut pas sensiblement modifié au cours des seizième et dix-septième siècles, qui virent se succéder, en communiquant à la magistrature debout l'illustration de leurs talents ou de leurs grands caractères, des hommes tels que les Molé, les Talon, les de Harlay, les Lamoignon, les d'Aguesseau. Ces siècles furent l'époque des grands avocats généraux et des grands procureurs généraux au Parlement, mais, pas plus que le dix-huitième siècle, ils ne devaient transmettre aux temps qui suivirent le type d'un ministère public complétement homogène et hiérarchiquement constitué. L'ancienne monarchie, la monarchie absolue de Louis XIV elle-même et, plus encore, la monarchie tourmentée et épuisée de ses successeurs furent impuissantes à doter l'institution du ministère public de l'esprit de subordination et de discipline qui lui avait manqué dès le berceau. La multiplicité des juridictions tant ordinaires qu'extraordinaires, l'absence de liens suffisants entre elles, la variété des

[1] *C'est*, dit Pothier (*Procédure civile*, n° 215), *une règle commune à l'appointement en droit et à l'appointement à mettre* (deux termes barbares qui ne désignent autre chose que l'ancienne instruction par écrit des procès civils), *qu'ils ne peuvent être prononcés que lorsque le juge ne peut faire autrement, car, selon l'ordonnance du* 11 *février* 1519, *tout ce qui se peut juger à l'audience y doit être jugé.*

règlements de ressort à ressort de Parlements, les empiétements continus du corps parlementaire sur les prérogatives que la couronne, avec le concours de ce corps même, avait à la longue arrachées aux résistances féodales, tout cela constitua, jusqu'à la fin du dernier siècle, autant d'obstacles à une fusion complète des éléments du ministère public. Le personnel de ses agents, recruté (nous l'avons vu) au commencement dans deux catégories particulières d'hommes d'affaires, se ressentit toujours de cette diversité d'origine.

Les grands talents, la puissante individualité des hommes remarquables qui occupèrent les charges d'avocats généraux et de procureurs généraux, notamment aux époques où nous sommes arrivés, en s'opposant à ce que les uns ou les autres acceptassent un rôle secondaire, ne furent pas étrangers au maintien de la séparation très-tranchée qui subsista en fait [1] entre les hommes d'audience et les hommes de cabinet des parquets, tant que dura l'ancien régime, ce qu'exprimait nettement ce vieil adage : *La parole est aux avocats généraux ; la plume appartient au procureur général* [2].

[1] La nécessité d'une étroite solidarité entre les membres du ministère public, méconnue dans la pratique, était cependant proclamée en théorie dans notre ancien droit; il y avait à cet égard un dicton qui réputait le ministère public indivisible. Cette indivisibilité, en réalité, était purement nominale; les avocats généraux n'oublièrent jamais qu'ils procédaient du barreau, et l'un d'eux, l'avocat général Denis Talon, s'exprimait ainsi, à l'audience de la grand'chambre du Parlement de Paris, le 29 janvier 1687 : « Le plus grand avantage des charges que nous avons l'honneur d'occuper est d'être à la tête du corps si illustre des avocats duquel nous tenons à honneur de faire partie. » — « L'indépendance des officiers du ministère public était telle, dit Merlin, qu'il n'était point rare que l'un d'eux se fît recevoir opposant à un arrêt rendu sur les conclusions conformes d'un autre membre du parquet. » — Voir encore sur ce sujet la note suivante.

[2] Voir, au Recueil de Chenu, cité par Merlin, le règlement adopté au Parlement de Bretagne en 1684, calqué sur le règlement suivi au Parlement de Paris, et dans lequel se trouvent développées les conséquences de cet adage et indiqué le partage d'attributions consacré, dans l'ancien droit, entre les procureurs généraux et les avocats généraux. Parmi les dispositions principales de ce règlement figurent celles qui suivent. Les avocats généraux ont seuls le droit de porter la parole aux audiences; bien qu'ils parlent *à la décharge* du procureur général, ils ne sont obligés ni de suivre ses avis, ni même de le consulter ; le procureur général ne peut prendre la parole que dans certains cas exactement déterminés ; il ne le peut jamais

Ce n'est pas à dire que ces derniers siècles de notre ancienne monarchie représentent une période stérile de l'histoire du ministère public. Loin de là ; l'institution, représentée du seizième au dix-huitième siècle par la pléiade des hommes d'élite que nous venons de nommer, jeta alors un vif éclat. Elle dut aux ordonnances royales [1] qui, de 1506 à 1731, vinrent fixer les formes de la procédure civile ou criminelle, ainsi qu'aux règlements généraux touchant les attributions du ministère public, qui furent adoptés par la majorité des Parlements, vers la fin de la première et la plus glorieuse partie du règne de Louis XIV, une définition régulière de ses droits et de ses fonctions, réglementés jusque-là par de simples usages essentiellement variables. Bien plus, elle recueillit, de la participation active de ses agents supérieurs aux événements notables de ces époques accidentées de notre histoire, une consistance politique qu'elle n'avait pas encore obtenue, et qui, puisée aux sources les plus opposées, procéda autant peut-être (particularité digne de remarque) des longues faiblesses de la royauté dans ses luttes avec les Parlements que des derniers et décisifs triomphes de l'unité monarchique sur l'anarchie féodale et sur les prétentions parlementaires. Aussi, et malgré les vices que nous avons signalés dans son organisation intérieure, l'institution du ministère public, au moment où les forces usées de l'ancien régime vont disparaître dans le mouvement général de rénovation sociale et politique qui signale la fin du dix-huitième siècle, apparaît-elle, nonobstant les récents désastres des Parlements [2], puissante et forte, dotée de notables

devant les Chambres réunies en audience. Les expédients d'audience sont visés par les avocats généraux ; ceux qui se présentent dans les affaires instruites par écrit sont visés par le procureur général. Les affaires instruites par écrit donnent seules, en cas de difficulté, lieu à une délibération en commun au parquet, sur le rapport des substituts du procureur général. Dans ces délibérations seulement, le procureur général a voix prépondérante. Ajoutons un dernier trait, qui achève de peindre l'organisation singulière des anciens parquets. Dans les cérémonies publiques, le procureur général ne prenait point le pas sur les avocats généraux ; le premier avocat général marchait en tête du parquet, la place du procureur général était au milieu des autres avocats généraux.

[1] Ordonnances de 1536, 1539, 1560, 1563, 1566, 1579, 1629, 1667, 1670 et 1731. Voir Ortolan, *Eléments de droit pénal*, p. 52.

[2] La fin du règne de Louis XV fut, on le sait, signalée par la réforme

priviléges et d'une grande influence. A cette époque, maîtresse de toute l'action publique criminelle par ses procureurs généraux [1], mêlée à tous les débats civils [2] par ses avocats généraux, participant par les uns et les autres aux affaires politiques et d'État, relevée de la dégradante rémunération des épices [3], con-

des Parlements, la suppression de bon nombre d'entre eux, le démembrement de celui de Paris en particulier, le remplacement de ses membres par de nouveaux magistrats institués sans finances, et l'institution de Conseils supérieurs chargés de rendre gratuitement la justice. Les Parlements supprimés furent rétablis avec certaines modifications à l'avénement de Louis XVI, trois ans environ après leur suppression (édits de 1774 et 1775). Les titulaires des offices du parquet, si l'on s'en rapporte à la lettre des édits réformateurs de janvier et d'avril 1771, auraient été maintenus dans leurs fonctions; toutefois, il paraît bien résulter des termes de l'édit de novembre 1774, qu'ils ne les avaient point en réalité conservées, et l'on peut inférer de certaines expressions du discours prononcé par l'avocat général Séguier, au lit de justice du 12 de ce même mois de novembre 1774, que ces titulaires s'étaient, à la suite des événements de 1771, démis volontairement de leurs charges. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'il y eut des procureurs et avocats généraux auprès du grand Conseil d'abord, et ensuite auprès du Parlement Maupeou, et des Conseils supérieurs de 1771 à 1774, et que, si l'intérêt et la position de quelques-uns des membres du parquet put recevoir quelque atteinte des mesures rigoureuses des édits de 1771, l'institution elle-même n'eut pas à en souffrir. Voir notamment l'édit de février 1771.

[1] Edit de novembre 1774 touchant la discipline du Parlement, art. 19.

[2] La distinction des affaires en communicables et non communicables avait déjà disparu dans les derniers temps de l'ancien droit, en ce sens que, bien qu'il n'y eût toujours ouverture à requête civile que dans les cas spécifiés par l'ordonnance de 1667, les avocats généraux donnaient des conclusions dans toutes les affaires plaidées aux audiences. Il en est encore ainsi aujourd'hui (art. 83 et 480 du Code de procédure civile).

[3] Suivant un arrêt de règlement du 10 juillet 1665, le rapport des affaires à l'audience ne donna plus droit à aucun honoraire des parties pour les avocats du roi; mais l'usage des épices était resté autorisé pour la visitation des procès instruits par écrit. Cette coutume dut disparaître elle-même, si elle n'était déjà tombée en désuétude à une époque antérieure, lors de l'érection (en 1771) des Conseils supérieurs de justice. On lit dans l'édit de février 1771, qui organisa ces mêmes Conseils : « Attribuons à notre avocat général 3,000 livres de *gages*, à notre procureur général 4,000 livres de *gages*, et à chacun des substituts 1,000 livres de *gages*, » et il est à remarquer que les édits qui suivirent, notamment les édits de 1774 et 1775, ne parlent plus, en désignant les droits et priviléges pécuniaires restitués aux anciens titulaires des offices du parquet, que de *gages et pensions*.

férant à ses agents de hautes prérogatives[1], elle a, depuis longues années, conquis pour ses membres, à l'exclusion de tous autres, le titre de *gens du roi* par excellence, les a conduits, de la barre des Cours souveraines, où ils prenaient place autrefois, dans cette enceinte réservée du parquet des Parlements, que les princes du sang tenaient à honneur et à privilége de pouvoir franchir, et les y a fait asseoir sur les fleurs de lis à la droite des conseillers rendant la justice pour le roi[2].

Il était réservé à nos institutions modernes, à la centralisation politique et administrative, de donner enfin au ministère public une entière homogénéité, et la direction d'ensemble qui en devait être l'inévitable conséquence. Ce n'est pas, on le pressent d'ailleurs, dans les premiers essais d'organisation judiciaire tentés au lendemain de la révolution de 1789, qu'un ministère public largement et solidement constitué pouvait trouver sa place. L'Assemblée constituante, encore sous l'impression des récents envahissements des anciens Parlements, proscrivit les grands corps de judicature, et l'on sait combien fut timide et étroite l'organisation judiciaire créée, dans cet esprit d'extrême méfiance, par les décrets des 16-24 août, 27 novembre et 1er décembre 1790, 20 janvier et 27 février 1791, et 16-29 septembre de la même année. Jamais peut-être l'unité ne fit plus complétement défaut à l'institution du ministère public que pendant la première période de notre droit intermédiaire, à laquelle elle doit le morcellement de ses fonctions, entraîné par la création simultanée des magistrats de sûreté, des magistrats directeurs du jury, des commissaires du gouvernement et des accusateurs publics ; ces derniers furent remplacés lorsqu'ils tombèrent,

[1] Les avocats du roi avaient de droit le titre et les émoluments de conseillers du roi.

[2] Le *parquet*, dit Merlin, était l'espace compris entre le siége des juges et le barreau où se plaçaient les avocats. Le même auteur nous apprend que la place des avocats du roi était autrefois au barreau, au banc des baillis et sénéchaux, et que ce fut en 1569 qu'ils commencèrent à monter au banc des secrétaires de la Cour dans le parquet. Cette innovation, qui paraît avoir été déterminée d'abord par une cause purement accidentelle (la surdité du premier président de Verdun), devint plus tard un usage constant et général. C'est à elle, vraisemblablement, que les officiers du ministère public ont dû leur nom de *magistrats du parquet*.

après la tourmente révolutionnaire, sous le faix de l'indignation publique, par les procureurs au criminel [1].

Il faut arriver à la loi du 27 ventôse an VIII, aux sénatus-consultes organiques des 16 thermidor an X et 28 floréal an XII, au Code d'instruction criminelle de 1808, et aux décrets des 30 mars 1808, 20 avril, 6 juillet et 18 août 1810, pour se faire une idée exacte du dernier et satisfaisant état de la hiérarchie des parquets. Il faut se reporter aux mêmes documents, à l'article 83 du Code de procédure civile et à de nombreuses lois particulières, pour embrasser le large ensemble de leurs attributions.

Cette hiérarchie peut aisément se résumer en quelques lignes : elle rappelle, dans ses détails secondaires, celle de l'ancien droit ; mais elle en diffère essentiellement en ce qu'elle enserre de ses liens aussi bien les agents supérieurs des parquets que les agents les plus infimes, en ce qu'en un mot elle atteint plus haut et descend plus bas. Au sommet de l'échelle, un grand juge, aujourd'hui le garde des sceaux ; sous son autorité immédiate, un procureur général à la Cour de cassation, et sous celui-ci des avocats généraux ; ce magistrat exerce un droit de surveillance plutôt nominal et honorifique que réel sur les procureurs généraux des Cours impériales. Ceux-ci relèvent en réalité du garde des sceaux, et d'eux-mêmes dépendent médiatement ou immédiatement leurs nombreux substituts aux divers degrés (premier avocat général, avocats généraux, substituts du procureur général [2], procureurs impériaux, substituts de ces derniers et officiers de police judiciaire exerçant le ministère public près des tribunaux de simple police).

Ajoutons à ces indications sommaires la liste des fonctionnaires investis des pouvoirs d'officiers de police, auxiliaires du procureur impérial, juges de paix, officiers de gendarmerie, commissaires de police, maires et adjoints, commissaires de surveillance administrative des chemins de fer en exploitation,

[1] Les procureurs au criminel furent eux-mêmes supprimés par la loi du 25 décembre 1815.

[2] Le titre de substituts du procureur général, donné aux avocats généraux chargés du service intérieur du parquet, est peut-être un dernier vestige de la distinction autrefois établie entre les hommes d'audience et les hommes de plume du ministère public.

gardes champêtres, et nous aurons donné, en y ajoutant les juges d'instruction (lesquels sont sous la surveillance du procureur général quant à leurs fonctions de police judiciaire), l'énumération de tous les agents qui, de près ou de loin, concourent à l'exercice de l'action publique.

Quant aux attributions du ministère public dans notre droit moderne, leur exposé complet exigerait une très-longue nomenclature. Ces attributions sont de plusieurs natures : elles sont judiciaires, disciplinaires et de surveillance administrative et politique. Pour ne parler que des premières, elles sont si nombreuses et si considérables que l'on peut dire, sans exagération, qu'il n'est guère d'acte de la vie judiciaire auquel le ministère public demeure étranger ; chargé, d'une manière générale, de surveiller l'exécution des lois et décisions judiciaires, investi du droit de poursuivre d'office cette exécution, quant aux dispositions qui intéressent l'ordre public, préposé à la défense des intérêts généraux de la société et des droits particuliers des incapables, le ministère public procède, dans l'exercice de ces fonctions, soit au civil, soit au criminel, par voie d'action complétement indépendante, à proprement parler, directe[1] le plus souvent, au criminel et au grand criminel surtout, par voie de réquisition, au civil parfois par voie de requête et le plus ordinairement par voie de simples conclusions orales, données soit dans les affaires communicables, soit dans tout autre procès où il juge son ministère nécessaire. Ces attributions diverses purement judiciaires sont réglées notamment, au criminel; par le Code d'instruction criminelle, et au civil par l'article 83 du Code de procédure civile, divers autres articles du même Code et du Code Napoléon, et bon nombre de lois spéciales, parmi lesquelles on doit citer, comme les plus importantes ou les plus récentes, les lois du 10 décembre 1850, sur le mariage des indigents; du 2 janvier 1851, sur l'assistance judiciaire; et du 21 mai 1858, sur la saisie immobilière et les ordres.

La tâche des membres des parquets est, de nos jours, on le voit par le simple résumé qui précède, des plus étendues et des plus variées. Pour assurer l'accomplissement uniforme de

[1] Au criminel, art. 32 et suiv., 46, 48, 145 et 182 du Code d'instruction criminelle. Au civil, art. 2194 du Code Napoléon et 692 (nouveau) du Code de procédure civile.

tous les actes, de tous les devoirs qu'elle comporte, dans le ressort de chaque Cour impériale et sur tout le territoire de l'empire, une direction générale et supérieure était indispensable. Nous avons dit plus haut à quelles mains cette direction est confiée; il ne nous reste plus qu'à indiquer les moyens par lesquels elle s'exerce.

Ces moyens, qui ne sont pas sans doute une création de la bureaucratie moderne, mais qui ont été par elle perfectionnés, et, s'il faut le dire, développés parfois jusqu'à l'excès, ne sont autre chose que les circulaires, instructions, avis sur espèces spéciales, émanés tant de la chancellerie que des parquets des procureurs généraux; ce sont ces circulaires, instructions et avis que M. Addenet a entrepris de répandre et de vulgariser dans ce que ces documents ont de véritablement utile, au moyen de l'ouvrage qui nous a donné l'occasion de faire cette étude.

Ces instructions, de natures et de sources diverses, ont formé à la longue, dans les archives de ceux des parquets de l'empire dont les chefs successifs se sont scrupuleusement transmis le soin de les colliger, un recueil des plus volumineux. La collection complète en est, il faut le dire, assez rare. Elle remonte, pour les circulaires du ministère de la justice, à 1791; et la série des instructions des procureurs généraux s'ouvre, dans les archives le mieux partagées du ressort de Paris, à une date plus récente et de quelques années postérieure au rétablissement des Cours d'appel et des procureurs généraux, par des circulaires importantes dues à la plume du dernier procureur général de l'empire [1] et à celle du premier procureur général de la Restauration, dont le nom a emprunté une indélébile et malheureuse célébrité aux débats du plus célèbre des procès politiques qui inaugurèrent la seconde Restauration.

La pensée de réunir les richesses en ce genre des parquets de France, de les cataloguer et classer d'une façon plus ou moins satisfaisante, n'est pas absolument nouvelle. Il existe, inédites et rédigées dans un but d'utilité personnelle, entre les mains d'un certain nombre de membres du parquet, des tables générales plus ou moins complètes, plus ou moins bien coordonnées des instruc-

[1] M. Legaux. Il nous a été cependant donné de rencontrer, dans deux collections particulières, des circulaires émanées, à la date de 1806, de M. le procureur général Try.

tions et circulaires dont il s'agit. Les circulaires de la chancellerie spécialement ont été l'objet d'une publication faite par M. Gillet, juge d'instruction à Nancy, dès 1840, et une seconde édition de cet utile ouvrage a été récemment donnée au public.

On comprend, au reste, que la véritable valeur d'un travail de ce genre ne saurait résulter uniquement de ce fait qu'il présenterait un ensemble complet des circulaires, instructions et avis concernant les parquets. Bon nombre de ces pièces, en effet, n'ont plus aujourd'hui d'utilité pratique; à peine ont-elles conservé une valeur historique, encore contestable par suite de la modification ou de l'abrogation des points de la législation antérieure dont elles devaient assurer l'exécution. D'autres, reproduites à diverses époques, forment double emploi. Une simple table chronologique, bien faite d'ailleurs et supposée sans oublis, laisserait beaucoup à désirer, en ne permettant pas de ne se préoccuper, dans la recherche des textes se rattachant à une question donnée, que de ceux de ces textes qui ont conservé un intérêt réel, et encore moins d'embrasser sans effort l'ensemble des instructions qui régissent une même matière. Ce qu'il faut demander avant tout à des répertoires de cette nature, c'est un choix intelligent et un classement méthodique des matériaux qui, laissant de côté les documents sans importance, présente, sous une forme claire et resserrée, la substance de ceux qu'il peut être utile de consulter. Dans ces conditions, qui nécessitent, il est vrai, de la part de l'auteur un travail d'élimination, de comparaison et de résumé considérable et peut-être un peu ingrat, les recherches du lecteur sont rendues faciles, rapides et fructueuses.

C'est ce qu'a très-bien compris M. Addenet. C'est la peine des investigations longues et laborieuses, ainsi qu'il l'a dit lui-même dans sa courte et trop modeste préface, qu'il a voulu atténuer ou prévenir, et, il n'est que juste de le dire, l'auteur des *Codes annotés des circulaires* a complétement atteint le but excellent qu'il s'était proposé. *Les Codes annotés des circulaires* ou, ce qui rendrait peut-être mieux la pensée de l'auteur, *les Codes et les lois annotés par les circulaires* offrent, en forme de succinct commentaire, sous chaque article des Codes (première partie) et des lois diverses (deuxième partie) dans l'exécution desquels l'action du parquet se trouve engagée, la substance des circulaires, in-

structions et avis encore en vigueur qui se réfèrent à chacun de ces articles et en peuvent éclairer le sens et faciliter l'application. Désireux de puiser à toutes les sources, M. Addenet n'a pas borné ses emprunts aux décisions données par la chancellerie et le parquet du procureur général près la Cour impériale de Paris ; on trouve dans son livre des avis et instructions émanés des divers autres ministères et des chefs de parquet des autres Cours impériales. Il est difficile d'imaginer un recueil plus complet, tout à la fois plus simplement et mieux coordonné. On voit de suite de quelle utilité il peut être pour les recherches à faire, puisqu'il suffit de se reporter à la loi ou l'article de loi qu'il s'agit d'appliquer pour trouver, sous le texte même, son commentaire pratique. Ajoutons que les recherches sont encore facilitées par l'addition de deux tables : l'une présentant, dans leur ordre chronologique, toutes les lois rapportées dans le recueil ; la seconde, conçue dans l'ordre alphabétique, relatant sous chaque mot les numéros et l'objet des annotations qui s'y rapportent. Des tableaux, des résumés, des modèles d'actes achèvent de donner à cet ouvrage un caractère d'utilité essentiellement pratique. *Les Codes annotés des circulaires* sont certainement le meilleur guide des membres du ministère public, et leur place est marquée dans les bibliothèques de tous les parquets de l'empire. Nous nous permettrons seulement de remarquer qu'une troisième table, fournissant la nomenclature par ordre de dates des circulaires, instructions et avis relatés dans cet excellent volume, eût ajouté à sa valeur très-réelle, et de recommander à M. Addenet cette dernière amélioration, qui pourra trouver sa place dans une seconde édition de son excellent recueil.

G. Bruneau,
Docteur en droit.

NOTICE

SUR UN MANUSCRIT DES INSTITUTES

RETROUVÉ A MIDDELBOURG.

A l'époque où Cujas et Doneau brillaient déjà de tout leur éclat et répandaient une lumière éclatante sur la France, l'Allemagne et les Pays-Bas, on vit paraître à Paris un jeune homme, auquel ses connaissances et sa probité acquirent bientôt au barreau de la capitale une gloire bien méritée. Sa patrie était la Touraine, son nom Antoine Mornac. Quarante ans ne lui suffirent pas pour achever l'œuvre à laquelle il s'adonna tout entier. Versé dans la connaissance du droit romain, initié dans tous les secrets de la procédure par une pratique qui ne cessa de s'augmenter de jour en jour, il chercha à examiner et à développer le rapport entre l'ancien et le nouvel élément dans la science du droit. Pour accomplir sa tâche, il crut indispensable une étude exacte et consciencieuse des sources, tant du droit romain que du droit français. Il consulta avec soin chaque édition du *Corpus juris romani*, et rechercha avec zèle tous les manuscrits dont la collation pouvait servir à décider quelque question contestée Les monuments de son travail gigantesque partagent aujourd'hui le sort de ceux d'un grand nombre de ses illustres contemporains. On les consulte rarement, et ce ne sont que les vers qui y fouillent journellement.

Mornac avait atteint l'âge mûr lorsqu'un de ses compatriotes se rendit de Tours à Paris, se proposant le même but, marchant dans la même voie. Ce n'était qu'un enfant à l'époque mémorable où, dans l'espace de quelques mois, la mort ravit à la France les grands maîtres de la jurisprudence, Cujas, Hotman, Amariton, Bugnyon, d'Argentré, Doneau, Brisson. Ce ne fut qu'après leur décès qu'il se livra à l'étude de leurs œuvres immortelles. Il s'appelait Julien Brodeau. Etranger dans la vaste métropole, il se lia respectueusement avec le noble Mornac. Son

savoir étonna tout le monde. Bientôt sa réputation fut faite auprès de la magistrature et du barreau. Les écrits que nous devons à sa plume féconde nous font apprécier ses études étendues et sa lecture variée. Dans ses notes sur les arrêts de Louet, il a recueilli tout ce que les auteurs anciens et modernes avaient médité et commenté sur chaque sujet. Tout ce qu'il put trouver de livres et de manuscrits fut rassemblé soigneusement dans sa riche bibliothèque. Le droit coutumier attira plus son attention que le droit écrit. Panégyriste du célèbre Charles Dumoulin, il devint l'interprète ingénieux de la Coutume de Paris.

Entre autres richesses, nous savons qu'il possédait un manuscrit des Institutes de Justinien avec la glose. Il le montra à Mornac, qui s'en servit pour son Commentaire des Pandectes. Au titre *De rei vendicatione,* sur la loi 67, Mornac a noté :

« Post verba *acquir. dom.* add. in L. III, § ult. *De jure fisci*, « et in § THESAUROS, Inst. *De rer. divis.* Qui § THESAUROS ut « concilietur cum D. § ult. legendum *ut in vet. manuscr.* ATQUE « SI QUIS. Veteris illius mss. copiam mihi fecit Jul. Brodæus, in « sen. patron. literati fori peritiæ studiosus [1]. »

Quel fut le sort de ce manuscrit? De nos jours on a examiné, rangé et collationné avec une exactitude si scrupuleuse tous les manuscrits connus des différentes parties dont se compose le *Corpus juris civilis*, qu'il paraît étonnant que cette citation de Mornac ait pu échapper à l'attention des jurisconsultes allemands. Cela prouve le peu de cas qu'ils ont fait des œuvres de Mornac dans leurs recherches littéraires.

A peine M. Beck avait-il publié, en 1823, à Leipzig son *Indicis Codicum et editionum juris Justinianei Prodromus,* que parut l'ouvrage éminemment utile intitulé : *Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio, professoribus Tubingensibus edendi* [2]. M. Beck énumère [3] les différents manuscrits des Institutes, qui se trouvent aujourd'hui dans les bibliothèques de France. Les professeurs de Tubingue donnèrent non-seulement une liste exacte de cent vingt-six manuscrits répandus dans les diverses contrées de l'Europe, mais y ajoutèrent encore une série

[1] Ant. Mornacii *Observationes in XXIV lib. Digest., ad usum fori Gallici.* Paris, 1616, f. p. 1085.

[2] Berol., 1823, 8.

[3] *Prodrom.*, p. 11 et suiv.

d'autres, qui ne leur étaient connus que par des indications plus ou moins précises[1]. Et encore cette liste fut-elle augmentée et corrigée par M. Schrader, dans la préface de son excellente édition des Institutes de Justinien. Depuis, maintes découvertes intéressantes ont été faites par MM. Haenel, Blume et autres savants; leur exemple a excité la persévérance intelligente de ceux qui s'occupent de la critique sévère des textes du droit romain[2]. Cependant nulle part on ne voit que le manuscrit de Brodeau et l'observation de Mornac aient été remarqués par les maîtres de l'art. Ainsi donc quelques renseignements sur ce texte précieux ne peuvent manquer d'intérêt.

Le manuscrit s'est retrouvé dans la bibliothèque de feu M. van Visvliet (M.-P.-M.), membre des Etats députés de la Zélande, décédé à Middelbourg. Probablement il l'avait eu par héritage : néanmoins on ignore comment et à quelle date le volume est entré chez cette famille distinguée.

Le manuscrit est écrit sur parchemin et contient cinquante-huit feuillets ou cent seize pages in-folio. Ajoutez-y six pages d'une écriture plus récente, presque illisible, qui contiennent différentes notes et sont dues aux divers possesseurs du volume. Le texte et la glose sont évidemment du quatorzième siècle. On trouve, il est vrai, tant à l'intérieur de la reliure que sur le dos, la marque de l'année 1333, mais évidemment les notes y ont été placées longtemps après cette date.

Sur un des feuillets supplémentaires[3] on lit :

« Iste liber est Petri de Chamouilles; solvit XXX solidos pari-« sienses; anno Domini CCC trisessimo tertio. »

Au commencement du volume une autre main a écrit :

« Ego subscriptus fateor vendidisse venerabili et circumspecto « viro Guillelmo de Ruylly, domini nostri regis secretario, pre-« sentem librum Institutionum, pretio duorum scutorum auri « cum dimidio, de quo teneo me pro contento, teste signo meo « manuali hic posito, die undecima mensis marcii, anno LXX.

« HYNRICUS PATERY. »

[1] *Prodrom.*, p. 66 et suiv.

[2] Je me permets de faire ici mention honorable de M. Kleyn, avocat à Bréda, qui a fait insérer, il y a quelque temps, ses *Mededeelingen voor de Kritiek der Romemsche Regtsbronnen*, dans les *Nieuwe Bydragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, t. VIII, p. 469 et suiv.

[3] P. 118.

Une autre écriture explique ce chiffre en marge par la date 1370. Suit la note suivante :

« Iste liber est Petro de Ruilly. » La signature et le monogramme du possesseur se trouvent ajoutés à ces mots. A la même page, on remarque la signature autographe de Julien Brodeau.

Quant à l'écriture du manuscrit, elle est très-belle, mais l'écrivain a rempli assez machinalement sa tâche. Parfois nous avons rencontré des mots répétés sans aucun motif. Souvent un de ceux qui ont possédé le volume, ou en ont fait usage, a ajouté de sa main des corrections et des suppléments interlinéaires ou marginaux. Néanmoins la collation du texte ne me paraît pas dépourvue d'intérêt. Pour donner quelque idée du texte, je l'ai comparé avec celui de Schrader, quant au *proœmium* et aux titres *De Attiliano tutore* et *De capitis deminutione.*

Proœmium.

Pr. non solum victor *existere*, au lieu de *existat.*

§ 2. *Magnifico.* Le libraire a omis le mot *viro.*

§ 3. *Argumentis rerum.*

Animi vestri, comme plusieurs autres manuscrits.

Prioribus. Omis comme ailleurs.

Felicitate reperti. Ainsi le premier de ces mots est régi par *digni.*

§ 4. *In quibus,* au lieu de *in quos.*

Tribunianum.

Quibus breviter expositum est.

§ 5. *Quod antea.* Schrader : *et* quod antea.

§ 7. *Rem nostram publicam.*

Gubernari, comme la plupart des manuscrits.

Instit. I, XVI, *De capitis* DIminutione.

§ 1. Penæ servi.

Utut ingrati.

Vel qui *se* ad pretium participandum venum dari.

§ 2. *Interdictum fuit.*

§ 3. On y trouve l'addition des livres que M. Schrader appelle *occidentaux* : « Ut ecce si filius iam emancipatus fuit et capite « diminutus. »

§ 6. *Ius cognationis.*

§ 7. *In fine :* « Veluti si plures sunt fratres qui unum gra- « dum obtinent ideo pariter ad tutelam vocantur. »

Instit. I, XX, *De Attiliano tutore.*

Pr. et *a* maiore parte tribunorum.

Tutor *a* lege Attitilia.

§ 1. *Eisdem*, au lieu de *hisdem.*

Existeret, — veniret, — existeret, au lieu de *extiterit, — venerit, — extiterit.* De même *fuit*, au lieu de *fuerat.*

§ 2. Reversus recipiebat iure postliminii.

§ 3. *Exibenda*, au lieu de *exigenda.*

Cavebatur, au lieu de *cavetur*, comme tous les manuscrits du quatorzième siècle.

§ 4. Si non sint magnæ *pupillis* facultates. Cette leçon n'a pas été connue de M. Schrader.

§ 5. Nostram huiusmodi difficultates. Sans *et.*

§ 7. *Reddent*, au lieu de *reddunt.*

Au commencement du titre *De auctoritate tutorum*, notre manuscrit a *stipulentur*, et au lieu de *in emptionibus, velut emptionibus.* L'inscription du premier titre du quatrième livre y est : *De obligationibus quæ ex maleficio descendunt.*

Il serait à désirer que le gouvernement français fît l'acquisition de ce manuscrit, dont la valeur historique est incontestable, et qui a un intérêt particulier pour la patrie de Mornac et de Brodeau. Plus tard, une semblable occasion ne se présentera guère.

J. DE WAL,
Professeur ordinaire à la Faculté de droit à Leyde.

BIBLIOGRAPHIE.

Il sistema ipotecario illustrato (*Le système hypothécaire éclairci*), da Luigi Chiesi di Reggio. — 5 vol. in-8; Firenze, 1853-1858.

C'est avec beaucoup de raison que M. Troplong commence les observations qui précèdent son commentaire sur les priviléges et hypothèques, en rappelant les paroles de M. Réal : « La « matière des hypothèques est sans contredit la plus importante « de toutes celles qui doivent entrer dans la composition d'un « Code civil. Elle intéresse la fortune mobilière et immobilière « de tous les citoyens. Elle est celle à laquelle toutes les trans- « actions sociales se rattachent. Suivant la manière dont elle « sera traitée, elle donnera la vie et le mouvement au crédit « public et particulier ou elle en sera le tombeau. » Il est d'autant plus regrettable que, au milieu des éloges dont notre Code civil a été si justement l'objet, le titre des priviléges et hypothèques ait donné lieu à de nombreuses critiques.

Ces attaques, la plupart bien vives, justes sur certains points, exagérées et injustes sur d'autres, ont été adressées à notre loi hypothécaire, soit en France, soit à l'étranger. Ahrens dit dans ses écrits que notre système hypothécaire est le système le plus vicieux de toutes les législations de l'Europe ; c'est ce que disaient M. Jourdan, l'un des juristes distingués qui fondèrent la *Thémis*, et M. Casimir Périer, lorsqu'en 1829 il conviait dans un concours tous les hommes amis de leur pays à formuler les réformes dont ce système devait être l'objet.

De nos jours ces attaques se sont renouvelées en France. En Italie, plusieurs jurisconsultes ou publicistes se sont occupés de ces matières, et dans leurs travaux sur les hypothèques ou le crédit hypothécaire, MM. Carabelli, Borsari, Giovanardi, Rosellini, Trinci, Calzarini, etc., se sont montrés souvent bien sévères pour notre loi hypothécaire.

Un jurisconsulte italien de beaucoup de savoir a cru devoir cependant prendre la loi française pour base d'un travail fort étendu qu'il vient de publier sur les priviléges et les hypothèques. M. Luigi Chiesi, de Reggio, vient de publier sur le système hypothécaire cinq volumes in-8° dans lesquels, après avoir reproduit chaque article du titre XVIII du livre III du Code Napoléon, il en présente le savant commentaire. Ce n'est pas que M. Chiesi soit un admirateur inintelligent et aveugle de notre loi : il sait en voir et en signaler les défauts, nous convier à des améliorations, déjà réclamées la plupart par nos jurisconsultes,

préparées par le gouvernement dans l'enquête de 1844 et le projet de 1850, et réalisées en partie par la loi de 1855; mais au lieu de vouloir renverser notre loi, il veut qu'on l'améliore et il lui trouve dans son ensemble assez d'ordre et de sagesse pour en faire l'objet principal de son travail.

Trop modeste, M. Chiesi dit que ce travail n'est destiné qu'aux jeunes gens qui se livrent à l'étude du droit : *Questo piccolo lavoro, sebbene destinato unicamente ad iniziare i giovani, che allo studio si danno della giurisprudenza nella scienza ipotecaria;* mais il est vrai de dire que cet ouvrage sera d'une très-grande utilité aux magistrats et aux avocats chargés d'interpréter et d'appliquer les lois, ainsi qu'aux publicistes et aux économistes qui les étudient et en poursuivent l'amélioration.

L'ouvrage de M. Chiesi présente une étude comparée de la législation française et de la législation italienne. Chaque disposition de notre loi est d'abord l'objet d'un examen sérieux où toutes les questions trouvent leur place et où l'auteur rappelle avec soin et discernement les opinions de nos auteurs, les décisions de nos tribunaux, s'aidant lui-même, dans la solution qu'il propose, de ses nombreuses et profondes connaissances en droit romain. Il met ensuite en relief, lorsqu'il y a lieu, les critiques dont les dispositions qu'il étudie ont été l'objet, indiquant notamment les modifications proposées dans les projets et contre-projets présentés à l'Assemblée législative en avril 1850; enfin il termine par l'examen des dispositions corrélatives qui se trouvent dans les lois des Deux-Siciles, de Sardaigne, de Parme, de Modène, dans le règlement législatif des États pontificaux du 10 novembre 1834 et le *motu proprio* du 2 mai 1836 du grand-duc de Toscane. Ce rapprochement entre ces diverses législations, interprétées par la doctrine et la jurisprudence, présente un grand intérêt et jette un grand jour, soit au point de vue théorique, soit au point de vue pratique, sur toutes les questions.

L'ouvrage est terminé par une table analytique et alphabétique qui rend les recherches faciles.

Je regrette que les limites de ce compte rendu ne me permettent pas de suivre M. Chiesi dans les détails d'un livre dont je viens d'indiquer l'ordre et l'esprit; il serait facile de se convaincre combien cet ouvrage mérite de trouver place à côté des traités les plus estimés sur les hypothèques dans toutes les bibliothèques de droit, notamment en France et en Italie.

FÉRAUD-GIRAUD,
Conseiller.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

(Suite [1].)

CHAPITRE II.

§ 3. — Modifications subies par les lois caducaires. — Leur abrogation complète. — Système de Justinien (Suite).

Transmission des ONERA, *quant à la part héréditaire vacante.* — Sur ce point, Justinien n'a pas établi une règle uniforme; pour savoir si le bénéfice de l'accroissement entraînera l'obligation de supporter les charges imposées au cohéritier défaillant, il faudra distinguer s'il s'agit d'une institution qui doive être tenue *pro non scripto*, ou si, au contraire, elle rentre au nombre de celles qui étaient dites *in causa caduci*, ou qui appartenaient aux *caduca*. Dans le premier cas, la dispense des *onera* sera la règle, sauf des exceptions très-limitées; dans le second cas, le droit commun sera la transmission des *onera*, qui cependant devra quelquefois être écartée [2].

A l'égard de ce qui était *pro non scripto*, Justinien trouva en vigueur le *jus adcrescendi*, qui n'avait cessé de s'y appliquer, et, par suite, la vieille maxime de l'exemption des *onera*, quant aux charges qui pesaient spécialement sur l'institution réputée *non écrite*. Il n'y avait de dérogation à cette faveur que dans des hypothèses fort rares. L'empereur respecte cet ancien usage, et déclare formellement maintenir la tradition constante du droit

[1] Voir la *Revue historique*, année 1857, p. 161, 305 et 401; année 1858, p. 1, 101, 309, 421 et 545; année 1860, p. 5.

[2] Il suit de là, comme nous l'avons déjà fait remarquer (voir la *Revue*, année 1858, p. 331), que, sous Justinien encore, il n'est pas sans intérêt de déterminer ce qui doit être qualifié *non scriptum*.

romain. « *Nullo gravamine, nisi perraro* [1] *in hoc pro non scripto superveniente...,intactum atque illibatum præcepit custodiri*, § 3.» Ainsi, l'héritier, que le testateur avait grevé particulièrement d'un legs ou d'un fidéicommis, était déjà mort lors de la confection du testament, ce que le disposant ignorait sans doute : les cohéritiers, appelés, suivant l'ordre que nous avons indiqué, à recueillir cette part, la prendront sans souffrir aucune diminution. Ils auront l'émolument de cette part, sans en subir les charges. Mais si l'institué a survécu, ne fût-ce qu'un instant, à la confection du testament, l'institution passe *in causa caduci*, et la dévolution ne se fera que sous la réserve des *onera*.

Il est assurément difficile d'apercevoir une bonne raison de différence entre les deux espèces. Qu'importe que l'institution soit nulle *ab initio*, ou qu'elle ne vienne à défaillir qu'un peu plus tard ? Le testateur, en écrivant l'une et l'autre de ces institutions, supposait également qu'elles devraient sortir à effet. S'il a mis tel ou tel legs à la charge exclusive d'un héritier désigné, il entendait sans doute que les autres héritiers ne contribueraient pas à son payement, mais seulement en tant qu'ils ne toucheraient pas à la part sur laquelle il fait porter uniquement le legs. Dès que la part du grevé arrive à un autre qu'à celui auquel elle était destinée en première ligne, l'équité dit que l'héritier qui ne vient que subsidiairement ne doit pas être mieux traité que l'héritier préféré par le testateur. Le maintien des *onera* était d'autant plus légitime que le bénéficiaire de l'accroissement, dans le cas où les charges auraient été excessives, et n'auraient pas laissé à l'institué le quart qui lui était réservé vis-à-vis les légataires, aurait eu la faculté d'invoquer, comme celui qu'il remplaçait, la loi Falcidie, qui lui assurait ainsi un bénéfice certain. On peut donc regretter que Justinien se soit laissé imposer par l'ancienneté, en cette partie, de la

[1] Voir ce que nous avons dit sur cette expression : *perraro* (année 1858, p. 314). Nous nous en tenons à l'assertion de Cujas, qui affirme n'avoir rencontré que deux exceptions. Justinien nous apprend, à la fin du paragraphe 9, qu'il a eu le soin d'énumérer ces exceptions dans la compilation des Pandectes : « *Quæ nos in novi juris compositione specialiter enumerari jussimus.* » Nous n'avons pas connaissance qu'on ait découvert un troisième cas. Il n'existerait même, suivant M. Huschke, comme nous l'avons vu, qu'une exception unique ; mais l'opinion de cet auteur nous a paru erronée.

règle : « *Portio adcrescens sine onere adcrescit*, » règle qui peut à bon droit être critiquée ; mais au moins devrons-nous dire que, si la part originaire de l'héritier qui profite de l'accroissement était surchargée de legs à lui personnels, comme il est censé institué pour les deux parts qu'il réunit désormais, c'est d'après la somme de ces deux parts qu'il faudra calculer la Falcidie au point de vue des légataires qui lui sont assignés. La ruine totale de certains légataires sera donc avantageuse à d'autres légataires, ce qui n'est pas, sans doute, le parti le plus raisonnable, mais ce qui du moins donne plus de marge pour l'exécution de quelques-unes des volontés du défunt.

Quand il s'agit d'une institution valable *ab initio*, qui vient à défaillir du vivant du testateur, d'une institution *in causa caduci*, Justinien fait prévaloir la règle qui avait été appliquée à la *vindicatio caducorum*, pour lesquels on disait : « *Caduca cum suo onere fiunt.* » L'accroissement, qui d'ailleurs est forcé, entraînera donc avec lui l'obligation d'exécuter les charges spécialement imposées à l'héritier défaillant. Le paragraphe 4 de la constitution exprime en ces termes la doctrine de la transmission des *onera* : « *Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen, quod ab initio fuerat amplexum, omnimodo sentire : sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacumque via excogitatum.* » Pour motiver cette décision fort raisonnable, et tout à fait en harmonie avec les intentions du défunt, la constitution ajoute : « *Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.* »

Malgré le silence gardé à ce sujet par Justinien, nous regardons comme indubitable que le bénéficiaire de l'accroissement ne doit pas subir les charges au delà de ce qui en aurait été supporté par l'héritier défaillant. Ce dernier, en supposant que sa part eût été trop grevée, aurait pu, s'il avait usé de sa vocation, soumettre ses légataires à une réduction. Le même droit appartiendra à l'héritier qui lui succède, qui n'est, comme on le disait, qu'une sorte de substitué, et qui, prenant la place devenue vacante, doit l'occuper telle qu'elle était, c'est-à-dire avec ses avantages comme avec ses inconvénients. Il est indiffé-

rent que la part laissée directement à cet héritier soit libre de legs ou du moins peu grevée, ce qui permettrait, en faisant une masse des deux parts, de désintéresser complétement tous les légataires, sans faire descendre l'institué au-dessous du quart de cette masse. Cette réunion admise, comme nous l'avons vu [1], par Cassius, avait été justement repoussée par la plupart des jurisconsultes romains. L'intention du défunt, en effet, quand il a évité de grever de legs considérables la part qu'il destinait à cet héritier, a été de lui assurer cette part telle qu'il l'a composée. Le bénéfice résultant de cette modération de charges ne peut pas être perdu par cet héritier, à raison de ce qu'il vient accidentellement remplacer un autre héritier moins favorisé : ce serait lui faire payer la nécessité qu'on lui impose d'occuper la place vide. Justinien a fait insérer aux Pandectes le fragment de Gaïus (l. 78, *Ad leg. Falcid.*), qui consacre la décision équitable d'où les commentateurs ont tiré la maxime : « *Portione gravata adcrescente portioni non gravatæ, quarta detrahitur* ; » on ne peut donc supposer qu'il ait entendu déroger tacitement à un système aussi logique.

Le même fragment arrive à une solution inverse, pour le cas où ce serait, au contraire, un héritier dont la part était surchargée qui recueillerait une part libre. La réunion des deux parts qu'enseigne Gaïus dans cette hypothèse, et que Justinien sanctionne également par l'insertion du fragment aux Pandectes, ne présente alors rien de choquant. L'héritier bénéficiaire de l'accroissement devait, dans la pensée du testateur, être primé par les légataires jusqu'à concurrence d'une somme qu'il eût fallu réduire, en cas de concours des deux héritiers, par honneur pour la loi Falcidie. Du moment où il devient possible, grâce à l'adjonction d'une part libre, d'exécuter plus complétement les volontés du défunt à l'encontre des légataires, tout en laissant un quart à l'institué pour lequel il s'est montré moins bienveillant, il faut s'empresser de donner aux legs une portée qu'ils peuvent désormais atteindre, sans qu'il y ait violation de la loi Falcidie. Nous croyons, par conséquent, que la distinction rationnelle, contenue dans la loi 78, doit recevoir son application postérieurement à la constitution de Justinien, qui se tait sur ce

[1] Voir année 1858, p. 111.

point. Rien de plus régulier que de combler cette lacune, au moyen de la décision de Gaïus, qui, sans doute, avait été écrite par son auteur au point de vue de la *caducorum vindicatio*, mais qui, dans l'esprit des compilateurs, devait concerner l'accroissement, déjà remis en vigueur à cette époque, puisqu'on devait dès ce moment écarter toute application des lois caducaires.

Enfin, quant à l'institution qui ne défaille qu'après la mort du testateur, quant à l'institution proprement dite caduque, les mêmes principes sont adoptés relativement à la transmission des *onera*. Justinien entend assimiler sous ce rapport, comme on le faisait sous l'empire de la législation Papienne, ce qui est *in causa caduci*, et ce qui est *caducum*. Après avoir indiqué dans le paragraphe 9 une exception à la transmission des *onera*, exception dont nous parlerons tout à l'heure, la constitution établit ainsi l'identité de droit quant aux deux sortes de dispositions : « *Hoc videlicet in omnibus obtinente, ut pro simili parte et lucrum sentiant, et gravamen, ubi hoc possit procedere, subeant, et hoc locum habente omni quidem modo in his, quæ in causa caduci, vel caduca, secundum quod supra scriptum est, fiebant.* »

C'est donc, en définitive, la règle de la transmission des *onera* empruntée à la théorie de la *caducorum vindicatio*, qui triomphe généralement, abstraction faite de la particularité relative au *pro non scripto*. Nous ne pouvons qu'applaudir Justinien d'avoir repoussé la règle inverse, la dispense des *onera*, appliquée autrefois au *jus adcrescendi*. Vainement dira-t-on que l'héritier, qui recueille par accroissement, se borne à user de son droit, avec l'extension qu'autorise son titre d'héritier, quand il y a absence d'un rival. Tout rival, en effet, ne disparaît pas avec le cohéritier. Ce dernier n'était pas seul appelé à profiter de la part qu'il ne vient pas prendre ; il devait en partager le bénéfice avec les légataires qui lui étaient assignés. Or, ceux-ci restent parfaitement capables, et sont aptes à recueillir les libéralités qui leur sont adressées par le testateur. Il est vrai qu'en droit romain les legs ne se soutiennent qu'en s'appuyant sur une institution, et qu'ici l'institution qui servait de base aux legs en question a disparu. Mais il reste l'institution du cohéritier, qui

s'étend désormais à la part devenue vacante ; et pour asseoir sur cette institution les legs imposés au défaillant, il suffit de les considérer comme tacitement répétés à l'égard du cohéritier qui prend *jure adcrescendi*, ainsi qu'on le disait à l'égard du substitué. Cette supposition n'a rien que de conforme à la volonté du testateur, qui s'en fût expliqué, s'il avait pu prévoir la défaillance de l'un des institués. Les légataires, qu'on y prenne bien garde, sont en réalité préférables aux héritiers, jusqu'à concurrence des trois quarts de la succession. Dans cette mesure, les institués jouent en quelque sorte le rôle d'exécuteurs testamentaires. Peu importe que celui qui était chargé directement du payement de telles ou telles libéralités fasse défaut. La part grevée de ces libéralités doit raisonnablement passer *cum sua causa*. L'héritier auquel est dévolue, *jure adcrescendi*, la portion libre, ne venait, en effet, pour cette fraction de l'hérédité qu'en seconde ligne dans la pensée du défunt ; et puisque le cohéritier qui le primait devait lui-même, s'il eût recueilli, subir une perte au profit des légataires, on ne voit pas pourquoi cette perte serait évitée par un institué qui, dans les affections du disposant, n'occupait, quant à la part vacante, qu'une place subsidiaire.

Du reste, la jurisprudence romaine avait fini, ce que nous avons essayé de démontrer plus haut [1], par s'écarter, en matière d'accroissement, du point de vue d'après lequel s'expliquait la dispense des *onera*. Postérieurement au rescrit de Sévère, qui étendait tacitement au substitué les charges imposées à l'institué, la même décision fut appliquée à l'héritier qui profitait de l'accroissement. Il fut considéré également comme un substitué ; on l'envisagea lui aussi comme venant prendre la place de son cohéritier, ce qui était justement le contraire de l'idée ancienne, par laquelle se justifiait l'accroissement *sine onere*. Conséquemment, bien avant Justinien, l'uniformité s'était établie en droit romain, quant à la transmission des *onera*, soit qu'il y eût exercice de la *caducorum vindicatio*, soit que, par l'effet d'une substitution ou de l'accroissement proprement dit, deux parts héréditaires se trouvassent réunies dans les mêmes mains. Justinien n'avait donc pas réellement une option à faire entre les deux

[1] Voir année 1858, p. 114.

règles, dont l'une, depuis plus de deux siècles, l'avait emporté sur l'autre. Il n'eut qu'à confirmer ce qui était depuis longtemps pratiqué ; et il se montra si religieux observateur du droit antérieur, qu'il ne songea même pas à enlever à l'ancien principe du *jus adcrescendi sine onere* le terrain assez étroit qui lui était demeuré, pour le cas où il y avait vacance d'une part héréditaire à la suite d'une institution dite *pro non scripto*.

Cependant, si la transmission des *onera* avait prévalu, ce qui était un hommage rendu aux volontés du défunt, l'ancienne jurisprudence avait déjà sagement limité cette règle, en tenant compte du motif même qui l'avait fait établir. Effectivement, les *onera* ne devaient point passer à l'héritier qui prenait la place de l'institué grevé, toutes les fois que le testateur avait disposé ces *onera* de manière à les imposer exclusivement au titulaire direct de l'institution. C'est l'observation que fait Ulpien, dans la loi 74, *De legat.*, 1°, à l'occasion du rescrit des empereurs Sévère et Antonin. Ainsi, il n'y aura pas lieu, dit ce jurisconsulte, à faire supporter au substitué le legs que l'institué devait payer à tel légataire, alors que ce dernier aura été gratifié d'un legs différent, pour le cas où la substitution produirait son effet. Cette solution nous paraît toujours applicable sous Justinien, quand le défunt aura réglé les legs diversement, suivant que le grevé direct viendrait à la succession, ou que sa part serait recueillie par un autre, *jure adcrescendi*. Ici encore la volonté probable du testateur est ce qui doit servir de guide, et l'on ne peut guère présumer qu'il ait entendu cumuler le bénéfice d'un double legs. Bien que la constitution *De cad. toll.* soit muette sur ce point, il n'y a pas de raison pour s'écarter de la décision d'Ulpien.

Justinien ne s'occupe de confirmer expressément la doctrine d'Ulpien que sur un autre point. Ce jurisconsulte enseignait encore, dans la loi 74, que le substitué n'aurait pas à subir les *onera*, quand le testateur avait eu, pour les imposer à l'institué, des motifs qui n'existaient pas à l'égard du substitué. « *Vel quid si certa causa fuit, cur ab instituto reliquerat, quæ in substituto cessaret.* » C'est au développement de cette idée que s'attache l'empereur; dans le paragraphe 9. Sans doute, en principe, la transmission de l'*onus* s'applique à l'obligation de *faire*, tout aussi bien qu'à

l'obligation de *donner*, comme le porte le paragraphe 4, et comme le répète le paragraphe 9. Néanmoins, quand il s'agit d'un *fait* à accomplir, il faut distinguer s'il est de telle nature que, dans la pensée du testateur, il ne dût être exécuté que par l'héritier directement grevé. Ainsi, pour citer les exemples rapportés dans la constitution, le défunt a ordonné à l'héritier de demeurer dans tel lieu, de faire telles études, de construire tel ou tel ouvrage de ses propres mains, de se marier. Dans toutes ces circonstances, et dans d'autres qui seraient analogues, il est évident que le testateur n'a eu en vue que l'institué même auquel il a imposé l'accomplissement de ces divers faits. Mais il ne faut pas oublier que la *personnalité* des charges constitue une exception, qui ne devra être admise qu'en conformité d'une volonté semblable de la part du disposant, et qu'en règle générale, les charges doivent, au contraire, être tenues pour *réelles*, c'est-à-dire comme grevant la part héréditaire sur laquelle elles sont imposées, soit qu'elle reste aux mains de son titulaire originaire, soit qu'elle passe en d'autres mains, par l'effet du droit d'accroissement.

Défaillance d'un legs ou d'un fidéicommis. — La défaillance, au lieu de porter sur une part de l'hérédité, peut n'affecter qu'une disposition à titre particulier, un legs ou un fidéicommis. Cette hypothèse donne lieu aux deux questions que nous avons examinées quant aux parts héréditaires. Il faut se demander d'abord qui profitera de la défaillance ; en second lieu, si le bénéficiaire de la défaillance sera astreint à l'acquittement des charges.

Sur le premier point, en ce qui concerne l'ordre de dévolution, la règle est la même que pour l'attribution des parts héréditaires vacantes. Ici encore le principe général est que la disparition de tel ou tel légataire ou fidéicommissaire doit améliorer la position de celui ou de ceux qui auraient eu à souffrir de sa présence, si le gratifié avait répondu à la vocation du testateur. Peu importe que la disposition qui ne sort point à effet soit *pro non scripto*, qu'elle se trouve *in causa caduci*, ou enfin qu'elle soit caduque. Justinien, pour tous ces cas, dans les paragraphes 3, 4, 7, se sert toujours des mêmes expressions :

« *manere apud eos a quibus sunt derelicta.* » Les grevés, en cette matière, peuvent être non-seulement des héritiers, mais aussi des légataires, des fidéicommissaires, des donataires à cause de mort. « *Heredes forte, vel legatarios, vel alios, qui fideicommisso gravari possunt.* »

Le profit de la défaillance doit se répartir entre les grevés, dans la proportion de la charge qu'ils étaient menacés de subir. C'est ce que décide clairement le paragraphe 8, alors que les grevés seraient des héritiers. Ils retiendront, est-il dit, le legs, *pro parte hereditaria*, parce qu'ils auraient dû l'acquitter dans cette proportion. Si les grevés étaient des légataires, des fidéicommissaires, ou des donataires à cause de mort, la constitution ajoute que le bénéfice se partagera par tête, *pro virili omnimodo portione, id est, pro numero personarum.* Sans doute, Justinien suppose que le défunt ne s'est pas expliqué sur le montant de la charge à distribuer entre les grevés, silence qui doit s'interpréter en ce sens que chacun, abstraction faite de l'importance de ce qu'il a reçu, est grevé pour une part égale. Si le défunt, en effet, avait imposé à plusieurs légataires, dans une mesure différente, l'exécution de la libéralité en défaillance, il nous paraît certain qu'on devrait suivre pour la répartition du bénéfice la proportion réglée par le testateur, pour le cas où il aurait fallu exécuter le legs.

Cette dévolution du profit de la défaillance en faveur des grevés est toutefois écartée, à raison de la présence d'un substitué ou d'un conjoint du défaillant. « *Nisi vacuatis vel substitutus suppositus, vel conjunctus fuerat aggregatus* [1]. » Les grevés se trouvent alors exclus par les substitués ou par les conjoints. Il n'y a pas de difficulté relativement au substitué, dont la vocation ouverte par le défaut du premier appelé empêche la vacance du legs. Les choses, au contraire, sont loin d'être aussi simples, au moins dans l'opinion des commentateurs, quand il existe un légataire *conjunctus*.

Quel est, sous Justinien, le caractère exigé dans la *conjunctio* entre légataires pour fonder le droit d'accroissement ? Ne doit-

[1] Cette disposition, écrite au paragraphe 3, à l'occasion du legs *pro non scripto*, est répétée au paragraphe 4, quant au legs *in causa caduci*, et au paragraphe 7, pour le legs caduc.

on pas le faire résider dans l'unité de l'objet du legs, dans la solidarité de vocation, en un mot, dans cette circonstance qu'il y a *eadem res legata?* Par suite, ne doit-on pas dire que, si la *conjunctio* n'existe que quant aux *verba*, si des parts distinctes ont été assignées à chaque légataire, l'accroissement sera repoussé, puisque aucun légataire ne peut prétendre que le tout lui ait été laissé? Nous avons établi que telle était autrefois la base fort rationnelle du *jus adcrescendi*, refusé dès lors aux légataires *conjuncti verbis tantum*, pour lesquels on disait : « *semper partes habent.* » Sans doute, au point de vue de la *caducorum vindicatio*, ce système avait été abandonné. On avait considéré comme *collegatarius conjunctus* celui-là même qui n'était légataire que pour partie, ainsi que l'atteste le paragraphe 208, Comm. II de Gaïus, dont la doctrine a été reproduite par Paul dans la fameuse loi 89, *De legat.*, 3°. Il n'est pas surprenant que beaucoup d'anciens commentateurs, Doneau, par exemple, trompés par l'autorité de ce texte, qu'ils rapportaient au *jus adcrescendi*, aient accordé la prérogative de l'accroissement au colégataire *conjunctus verbis tantum*. Mais depuis que la lumière s'est faite sur le véritable sens de cette loi 89, il ne manque pas de jurisconsultes qui se croient encore obligés de rendre hommage au texte de Paul, et de maintenir, malgré l'abrogation des lois caducaires, pour la transférer au droit d'accroissement, une décision qui avait été écrite dans un tout autre but. MM. Holtius [1], Rudorff [2], Huschke [3], Mühlenbruch [4], etc., s'accordent pour admettre au bénéfice de l'accroissement, dans le droit de Justinien, le légataire qui n'est *conjunctus* que *verbis*.

Nous ne saurions, on doit le pressentir, nous ranger à cette doctrine. Nous trouvons dans le texte même de Paul la condamnation formelle de l'extension donnée au droit d'accroissement. Elle se trouve écrite dans ces expressions : « *Quoniam semper partes habent legatarii.* » Que Paul ne s'arrêtât pas à cette barrière d'une assignation de parts, on le conçoit aisément, puisqu'il s'agissait uniquement pour lui de régler l'attribution d'une part caduque, et que, pour cette attribution, la préférence atta-

[1] *Thémis*, t. IX, p. 560 et 561.
[2] *Gesch. Zeitsch.*, t. VI, p. 426.
[3] *Richters Jarb.*, 1838, p. 307.
[4] *Doctr. Pandect.*, § 790.

chée à la qualité de *collegatarius conjunctus* avait été appliquée à tous ceux qui se trouvaient compris dans une même formule de legs, sans distinguer si le legs était *per vindicationem* ou *per damnationem*. Mais, du moment que le privilége découlant des lois Julia et Papia a été supprimé, sur quel fondement peut-on asseoir l'empiétement d'un légataire à l'égard d'une part autre que celle qui lui a été laissée? Nous ne regardons pas comme nécessaire de donner absolument dans le droit de Justinien une vérité d'application à tous les fragments découpés dans les ouvrages des anciens jurisconsultes ; et, à nos yeux, le texte de Paul n'est autre chose qu'un document historique. Il y a là une interprétation, qui était bonne sous l'empire des lois Julia et Papia, mais qui reste dépourvue de toute valeur pratique, depuis qu'elles ont été abrogées [1].

Il est facile de reconnaître que, dans la pensée de Justinien, l'unité de chose léguée devait être, comme anciennement, la base de l'accroissement. Lors de la compilation des Pandectes, à une époque où déjà, nous l'avons dit, les lois Julia et Papia étaient condamnées, les rédacteurs rencontrèrent les textes des jurisconsultes qui avaient exposé les règles de l'accroissement à l'occasion de l'usufruit, matière pour laquelle, on le sait, le *jus adcrescendi* avait continué à fonctionner. Or, il résulte de divers fragments du titre *De usuf. adcr.*, notamment des lois 1, *pr.*, 3, *pr.*, et 11, que, toutes les fois que les légataires sont réduits à une *part* d'usufruit sur la même chose, ils sont exclus du droit d'accroissement. L'insertion de ces textes dans les Pandectes prouve que Justinien s'était déjà rattaché aux vieilles règles du droit d'accroissement [2]. La même idée se reproduit au paragraphe 8,

[1] Pothier (Pandect., *De legat.*, n° 428), en s'inspirant d'une distinction proposée un peu obscurément par Cujas (*Recit. ad Tit., De verb. signif.*, l. 142, t. VIII, c. 593), explique la décision de Paul, avec ce sous-entendu que les légataires *conjuncti verbis tantum* doivent être admis à l'accroissement, *pourvu qu'il soit constant que telle était la volonté du testateur*.— Nous ne faisons aucune difficulté d'adhérer à cette solution. Mais, où puisera-t-on les motifs d'une pareille intention, quand le testament se borne à cette disposition : legs d'un objet à plusieurs, pour une *part* à chacun? La présomption est précisément que le défunt a entendu restreindre chaque gratifié à n'avoir tout au plus qu'une fraction.

[2] Les motifs donnés par les jurisconsultes pour exclure l'accroissement, quand il y a assignation de parts, et répétés par les compilateurs, n'ont

De legat., Instit., où Justinien exige positivement, pour qu'il y ait lieu à accroissement, que le legs porte sur la *eadem res*; aussi passe-t-il complétement sous silence les légataires *conjuncti verbis tantum*.

Comment supposer qu'il ait abandonné, en écrivant la constitution *De cad. toll.*, le système qu'il avait consacré deux fois? Des auteurs modernes ont bien prétendu qu'il aurait dans cette constitution accordé le *jus adcrescendi* aux *conjuncti verbis tantum*; mais ils ne sont pas parvenus à le démontrer.

Voici à quoi se réduisent les dispositions de la constitution sur la dévolution au profit des colégataires du legs en défaillance. Le légataire *conjunctus* est toujours préféré au grevé (§§ 3, 4 et 7). Cette préférence est énoncée comme appartenant à quiconque est *conjunctus*, sans qu'il y ait d'explication sur le sens de la *conjunctio*. Toutefois nous voyons, au paragraphe 11, que l'énergie de l'accroissement et ses conséquences varient suivant que les *conjuncti* sont compris dans une même formule ou gratifiés par des phrases différentes. Mais, comme la défaillance du colégataire doit profiter même à celui qui est *disjunctus verbis*, il est évident que Justinien fait rentrer ce dernier sous la dénomination de *conjunctus*. Or, l'unité de formule quant au legs faisant ici défaut, pour justifier le rapport de *conjunctio* à l'égard du *disjunctus verbis*, on est bien forcé d'admettre que l'empereur se référait à la *conjunctio* quant à la *res*. Malgré la tendance qu'il avait à faire porter la *conjunctio* sur les *verba*, Justinien revient donc à la définition qu'avait donnée Celse du *conjunctim legari*, définition qu'il a approuvée du reste, en la faisant passer dans les Pandectes, « *conjunctim legari, hoc est, tota legata singulis data esse.* » Nous pouvons donc dire, pour l'accroissement entre colégataires, comme nous l'avons dit pour l'accroissement entre cohéritiers, que la *conjunctio re* était toujours sous-entendue par Justinien comme une condition indispensable. Cette nécessité de l'unité dans la chose léguée est tacitement énoncée dans les premiers termes du paragraphe 11, où on lit : « *Ubi autem legatarii, vel fideicommissarii, duo forte, vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit.* » L'expression *aliquid*

rien assurément qui soit particulier à l'usufruit, et qui ne soit vrai également pour un legs de propriété.

nous paraît indiquer, quoique d'une manière moins claire, la condition que les Institutes désignent par les mots : *eadem res*.

Tout en faisant revivre le fond de l'ancienne théorie du *jus adcrescendi*, Justinien a modifié sensiblement les règles qui avaient été fixées autrefois par les jurisconsultes quant à l'application de ce droit. On sait qu'il dépendait de la formule employée par le testateur, en ce sens qu'il était admis entre légataires *per vindicationem*, et exclu entre légataires *per damnationem*. Ces derniers, quand le legs était fait *conjunctim*, par une seule phrase, étaient moins bien traités que les premiers. Chacun d'eux, en effet, se trouvait réduit à une part, même en cas de défaillance de l'autre légataire ; et cela, quoiqu'il n'y eût pas assignation expresse de parts, d'après la maxime : « *damnatio partes facit.* » Mais, en revanche, ils étaient mieux traités que les légataires *per vindicationem*, alors que les legs étaient laissés *disjunctim*, par des phrases diverses. Chaque légataire avait droit à la totalité, même en cas de concours de l'autre, tandis que les légataires *per vindicationem* étaient obligés d'en venir à un partage.

Cette distinction des formules, déjà ébranlée depuis longtemps par le sénatusconsulte Néronien, n'a plus aucune valeur sous Justinien. Sans doute, il ne faut pas faire descendre jusqu'à cet empereur l'affranchissement de l'observation des *certa verba*, opéré en 339 par les enfants de Constantin (l. 6, C. *De legat.*); mais, malgré cette réforme, on n'en devait pas moins rechercher toujours, en consultant les termes, quels qu'ils fussent, dont s'était servi le testateur, s'il avait entendu transférer la propriété aux légataires, ou constituer seulement un droit de créance à leur profit. Justinien est allé plus loin dans sa constitution 1re, *Comm. de legat.*, dont la substance se retrouve au paragraphe 2 des Institutes, *De legat.*; il n'y a plus désormais à tenir compte de la pensée du testateur, à examiner la manière dont il s'est exprimé. Les legs, de quelque façon qu'ils aient été conçus, auront toujours la même portée; ils donneront aux légataires le plus de droits possible, et par conséquent l'action réelle, toutes les fois que le testateur aurait pu la leur conférer. Seulement la répétition de plusieurs legs pour la même chose, fût-ce dans la forme *per damnationem*, ne produira plus,

comme jadis, autant de droits à la totalité de cette chose qu'il y aura de légataires *disjuncti* non défaillants. Le partage en cas de concours, l'attribution du tout à celui qui seul répond à la vocation du défunt, constitueront maintenant la règle commune, abstraction faite de la forme du langage.

Il ne saurait y avoir doute sur ce point que Justinien a supprimé la faveur, exagérée à ses yeux, d'une multiplication de legs, quand il y a divers légataires *disjuncti per damnationem*. La constitution avertit les légataires qu'ils ne doivent pas se flatter d'une pareille prétention, qui est qualifiée d'*avaritia* [1], à moins, est-il ajouté, que le testateur ne l'ait autorisé très-clairement, et d'une manière expresse : « *nisi testator apertissime et expressim disposuerit ut...* » Mais nous regardons aussi comme certain que, en cas de legs fait *conjunctim*, un légataire doit toujours pouvoir profiter de la défaillance de l'autre légataire, sans distinguer s'il y a legs *per vindicationem* ou *per damnationem*. Justinien, vers le commencement du paragraphe 11, accorde généralement le droit d'accroissement aux légataires *conjuncti* : « *si vero pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere.* » La faveur de l'accroissement ne peut plus, dans la pensée de Justinien, dépendre de la forme du legs ; car il répète encore ici que tous les legs doivent avoir le même caractère, et qu'il a effacé toutes les anciennes différences : « *unam omnibus naturam legatis, et fideicommissis imponentes, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam.* »

Nous pensons donc que Cujas est tombé dans l'erreur, quand il a enseigné, dans son commentaire sur la constitution *De cad. toll.* [2], que, sous Justinien encore, les légataires *conjuncti per damnationem* ne peuvent pas prétendre à l'accroissement. Il est vrai que l'illustre jurisconsulte appuie cette doctrine sur plusieurs textes des Pandectes ; mais ces textes ne prouvent autre chose que l'inadvertance des compilateurs, et ne sauraient prévaloir sur les assertions réitérées de Justinien à l'égard du ré-

[1] « *Non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei æstimationem accipere desiderent ; cum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente susceperit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans*, § 11. ».

[2] T. IX, c. 905.

gime commun auquel doivent être soumis tous les legs. Si les légataires *per damnationem* peuvent perdre à ce nouveau régime, ainsi que nous l'avons indiqué, il faut au moins leur accorder les avantages qui en résultent. — Par suite de cette assimilation générale, le jeu de l'accroissement ne devra pas être limité à l'hypothèse où les legs porteraient sur des choses appartenant au testateur. Il s'exercera pareillement entre les légataires de la chose d'autrui, ou entre les légataires d'une quantité, par exemple, d'une somme d'argent, bien que, dans ces divers cas, il ne puisse être question que d'une créance. L'innovation de Justinien ne permet pas d'appliquer le principe ordinaire, suivant lequel, quand plusieurs personnes sont appelées à profiter d'une créance, il se forme diverses obligations partielles, dont le *quantum* est déterminé par le nombre de ceux qui sont appelés à être créanciers.

Le droit à l'accroissement est devenu, par conséquent, la règle générale entre légataires d'une même chose. On ne doit plus s'attacher à la formule du legs. En vain serait-il conçu en ces termes : *heres damnas esto*. La *damnatio*, par elle seule, n'a plus la vertu de créer des parts distinctes ; celles-ci n'existeront que par la volonté formellement exprimée du testateur. De même l'unité ou la diversité de phrases est indifférente pour fonder en principe le droit à l'accroissement. Les *disjuncti* comme les *conjuncti* y sont appelés. Sans doute il n'opérera pas de la même manière à l'égard des uns et des autres ; mais, avant d'exposer les règles différentes que Justinien a établies relativement à ces deux sortes de légataires, il faut se demander, ce qui est passé sous silence dans la constitution, comment le conflit sera vidé entre les divers prétendants, quand il se rencontrera à la fois des légataires de chaque espèce. Nous pouvons toutefois être bref sur cette question, parce qu'elle doit se résoudre par l'application de principes déjà connus, et qui ont été développés à l'occasion de l'accroissement entre cohéritiers.

Nous supposerons que le testateur a légué comme il suit le même fonds à plusieurs personnes. Il a dit : « *Fundum Cornelianum Primo et Secundo do lego ; eumdem fundum Tertio do lego ; eumdem fundum Quarto et Quinto æquis ex partibus do lego.* »

Ici, Primus et Secundus sont *conjuncti re et verbis* entre eux ;

disjuncti verbis, et *conjuncti re* par rapport à Tertius, et par rapport à Quartus et Quintus.—La position de Tertius n'offre aucune difficulté. — Quartus et Quintus, *conjuncti re*, vis-à-vis les autres légataires, sont entre eux *conjuncti verbis*, mais *disjuncti re*. Cependant cette *disjunctio re* n'éclatera qu'en l'absence de tout rival ; et il y aura nécessairement *conjunctio re* entre eux, tant que l'un se trouvera en présence de quelque autre des légataires. C'est la même complication que celle qui a été expliquée au sujet des parts héréditaires. Le cas est prévu dans la loi 41 pr., *De legat.* 2°, qui, en supposant la défaillance de l'un des deux légataires de chaque moitié d'un fonds, admet que le légataire pour moitié qui reste viendra à partage sur la fraction vacante, en concours avec le légataire de la totalité.

Si tous les légataires se présentaient, Primus et Secundus auraient un tiers, qu'ils diviseraient également, Tertius un tiers à lui seul, Quartus et Quintus le dernier tiers à eux deux, un sixième chacun.

Que Primus vienne à manquer, sa part accroîtra à Secundus uniquement. La préférence en faveur du *conjunctus re et verbis* n'est point douteuse ; elle était admise, même quant au *jus caduca vindicandi*, ainsi que l'atteste la loi 89, *De legat.* 3°. Les textes spéciaux à la matière de l'accroissement consacrent la même préférence, comme le prouvent les lois 9, *De usuf. adcresc.*, et 26, § 1, *De usu et usuf.* (liv. XXXII, tit. II). On disait que les individus compris dans la même formule, sans assignation de parts bien entendu, ne formaient qu'une seule personne, une seule tête, laquelle subsiste toujours tant qu'il y a dans ce groupe quelqu'un pour le représenter. « *Conjuncti unius personæ potestate funguntur*, » l. 34, *pr. De legat.* 1°.

Si Tertius fait défaut, il n'y a plus, au contraire, que deux têtes. La part de Tertius, un tiers dans l'espèce, se divisera en deux sixièmes : l'un qui accroîtra à Primus et Secundus, l'autre qui accroîtra à Quartus et Quintus. Chacun des deux groupes prendra moitié, c'est-à-dire gagnera ce qu'il eût perdu par l'effet du concours du défaillant.

Enfin, de Quartus ou de Quintus l'un fait défaut. Nous n'accorderons pas pour l'accroissement une préférence à celui qui reste au détriment des autres. Son legs ne s'élève qu'à une moitié du fonds ; il ne serait pas juste qu'il eût autant que ceux qui sont

légataires de la totalité. Le rapport entre le droit de Quintus, par exemple, comparé à celui de Tertius, ou de Primus et Secundus, étant celui de la moitié à l'entier, il faut diviser de telle façon que la part de Tertius, de même que celle de Primus et Secundus, soit toujours double de la part de Quintus. Ce résultat, qu'on n'obtiendrait pas en faisant bénéficier Quintus exclusivement de l'accroissement, ne serait pas atteint, d'un autre côté, si on attribuait le sixième de Quartus défaillant aux autres légataires seuls, en laissant Quintus réduit à un sixième. Ce dernier n'aurait effectivement que deux douzièmes, tandis que le groupe de Primus et Secundus aurait cinq douzièmes, et Tertius également cinq douzièmes. Pour maintenir entre les légataires la proportion désirée par le testateur, on doit admettre Quintus à profiter lui aussi de l'accroissement, mais dans une mesure moitié moindre que Tertius, ou que Primus et Secundus. Ainsi, le sixième valant 25, Tertius prendra 10, Primus et Secundus prendront également 10 ; les 5 restants reviendront à Quintus.

Cette décision, remarquons-le bien, n'implique pas contradiction avec le refus en principe du droit d'accroissement pour les légataires *conjuncti verbis tantum*. En effet, l'accroissement que nous autorisons entre les parts de Quartus et de Quintus n'a pas lieu d'une manière absolue ; il est subordonné à cette condition essentielle de la présence de rivaux, qui fasse obstacle à ce que l'un ou l'autre atteigne le *maximum* de son droit, une moitié. Si tous les légataires *disjuncti* faisaient défaut, et qu'il en fût de même de Quartus, Quintus, en prenant moitié, serait arrivé à tout ce qu'il peut avoir, et la part de Quartus resterait alors aux héritiers.

Il n'y a, nous le répétons, dans la constitution de Justinien, rien qui soit relatif à la collision des légataires *conjuncti* ou *disjuncti* se trouvant en présence. Cette hypothèse n'ayant pas été prévue et résolue formellement par l'empereur, nous avons dû la décider au moyen des règles que nous offrent les textes anciens, auxquels leur insertion dans les Pandectes a donné force législative. Notre doctrine, d'ailleurs, n'est que l'application de l'idée générale qui sert de base à l'accroissement, et que Justinien, suivant nous, a prise pour point de départ, en consacrant le principe : *manere a quibus derelictum est*. La constitution se borne à supposer qu'il n'y aura, à côté du léga-

taire défaillant que des légataires *conjuncti* ou que des légataires *disjuncti*. Suivant qu'ils auront l'une ou l'autre de ces qualités, ils seront traités différemment, soit quant au point de savoir si l'accroissement sera nécessaire ou non, soit quant à la transmission des *onera*. La première de ces questions étant intimement liée à la seconde, nous l'examinerons en même temps que cette dernière.

Transmission des ONERA *attachés à la portion du légataire défaillant.* — Suivant la constitution de Justinien, la question de savoir si entre légataires l'accroissement a lieu *cum onere* ou *sine onere* dépend de la forme du legs, de l'unité ou de la diversité de dispositions. La même distinction doit être faite pour décider si l'accroissement sera imposé au légataire acceptant, ou s'il sera libre de le repousser.

Premier cas. — Les légataires sont *conjuncti*, c'est-à-dire gratifiés par une seule formule. Le testateur a dit : « *Primo, Secundo et Tertio fundum Cornelianum do lego.* » Mais, parmi les trois légataires, les deux premiers ne sont grevés d'aucune charge ; le dernier, Tertius, doit, d'après le testament, payer une somme de 100 à un tiers, servir telle ou telle rente, construire tel ouvrage, ériger, par exemple, un tombeau pour le défunt, *si monumentum fecerit*. Ce dernier légataire faisant défaut, Justinien admet tous les autres légataires *conjuncti* à prendre, si bon leur semble, la part vacante, mais sous l'obligation de subir la charge. « *Si vero pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere.* » Dans le cas où ils renonceraient tous à l'accroissement, la part défaillante restera à l'héritier. « *Vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere a quibus derelictum est.* » Enfin, s'ils se divisent, et prennent chacun un parti différent, l'accroissement se fera exclusivement au profit de celui qui consent à recueillir ce qui est vacant, mais qui seul devra supporter l'*onus*. « *Cum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere*[1]. »

[1] L'interprétation, que nous donnons au texte du paragraphe 11, et qu'on peut appeler l'interprétation commune, n'est pas sans contradicteurs. Schneider, p. 257, soutient qu'il n'est pas permis au légataire *conjunctus* de diviser le legs, pour s'en tenir à une part, et décliner ainsi le fardeau

Deuxième cas. — Les légataires sont *disjuncti*. La même chose a été léguée à deux personnes, à Primus et à Secundus, mais *separatim*, par des phrases distinctes. Un seul d'entre eux, Secundus, a été grevé de telle ou telle charge. En supposant que ce dernier fasse défaut, Primus, qui accepte, ne peut prendre seulement une moitié; il aura nécessairement la totalité : *solida ejus fit*. En revanche, il ne devra point se préoccuper de la charge spécialement imposée à l'autre légataire, parce qu'il se borne à recueillir ce qui lui a été laissé, et qu'il n'empiéte aucunement sur le legs d'autrui.

Avant d'apprécier si cette doctrine de Justinien est à l'abri de critique, il faut d'abord rappeler quelles étaient les règles de l'ancien droit.

Nous avons établi, au commencement de cette dissertation, que l'ancienne jurisprudence, en prenant pour base de l'accroissement la solidarité de vocation (*singulis solidum datum*), ne tenait pas compte de la *conjunctio* ou de la *disjunctio* quant aux *verba*. L'accroissement était une nécessité pour tout colégataire acceptant. — Relativement aux charges, il fallait distinguer si elles grevaient le legs entier, cas auquel celui qui profitait de la défaillance devait exécuter les charges en totalité, ou si elles étaient spécialement imposées au défaillant, parce qu'alors elles s'évanouissaient, et ne passaient pas à celui qui recueillait le tout *jure adcrescendi*. Sur ces deux points l'uniformité de droit existait, soit que l'accroissement concernât des parts héréditaires, soit qu'il fût simplement question de légataires. Toutefois, il ne faut pas oublier que, dans le dernier temps des jurisconsultes, le principe, en vertu duquel l'héritier exerçant le *jus adcrescendi* était à l'abri des charges particulières au défaillant, avait fini

des *onera*. Suivant cet auteur, l'option ne porterait que sur l'acceptation du legs entier avec ses charges ou sa répudiation également en entier; c'est à tort, dit-il, que l'opinion générale rapporte les expressions : *maluerint*, *noluerint*, à la *pars quæ deficit*; elles ont trait à l'ensemble de ce qui a été laissé, *id quod relictum est*. Ce système, critiqué par M. Huschke, p. 331, n'a point, à notre connaissance du moins, rencontré de partisans. Nous croyons qu'il n'est pas conforme à la pensée de Justinien, et à la manière dont il comprend le legs fait *conjunctim* à plusieurs. Nous reviendrons sur ce point, en examinant le mérite de la théorie nouvelle consacrée par la constitution, *De cad. toll.*

par succomber, pour être remplacé par la règle plus équitable appliquée en matière de *caducorum vindicatio*. On imagina, en effet, de considérer l'héritier bénéficiaire de l'accroissement, non plus comme recueillant directement le tout, grâce à sa vocation, mais plutôt comme profitant d'une espèce de substitution, qui le mettait au lieu et place du défaillant pour les charges de même que pour les avantages. Il nous a paru que, pour être logique, on avait dû étendre ce point de vue au colégataire qui invoque l'accroissement; car, comme le dit Justinien, une substitution est possible pour un legs comme pour une part d'hérédité. Si cette conjecture est exacte, la constitution de Justinien n'aurait été qu'une réaction contre la réforme qui s'était opérée, et un retour aux anciens principes du *jus adcrescendi*. Seulement ce retour n'aurait pas été complet; la théorie du *jus adcrescendi* aurait été remise en vigueur au profit des légataires *disjuncti*, tandis que les légataires *conjuncti* seraient restés privés de l'avantage qui, autrefois, leur avait été commun avec les légataires *disjuncti*.

La distinction admise par Justinien, dont l'importance se manifeste en ce qui concerne la transmission des *onera*, doit-elle être acceptée d'une manière absolue, ou bien ne faut-il pas l'écarter alors que le legs qui reste sans effet se trouvera au nombre de ceux qui étaient dits *pro non scriptis?* Schneider, p. 253, pense que, dans cette dernière hypothèse, la règle posée au paragraphe 3, et qui exempte presque toujours des *onera* (*nullo gravamine*, *nisi perraro*) celui qui profite de la vacance, peut être invoquée par le légataire *conjunctus*, tout aussi bien que par l'héritier. Cette opinion est partagée par M. Huschke, p. 328, et nous inclinons aussi à l'adopter. Nous n'entendons pas assurément justifier au fond la décision de Justinien, qui nous a semblé critiquable, quand nous l'avons examinée à l'égard des héritiers; mais, bonne ou mauvaise, cette décision n'a rien qui doive la faire restreindre aux héritiers, à l'exclusion des légataires. Du moment que l'on admet que, la disposition principale étant non avenue, celles qui s'y rattachaient doivent subir le même sort, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement des *onera*, qui étaient une dépendance d'un legs tenu *pro non scripto*[1]. Nous n'aurons donc

[1] Nous n'avons pas besoin de faire observer qu'il faudra appliquer à

à nous préoccupper de la distinction qu'a fait prévaloir la constitution qu'autant que le legs, qui n'est point recueilli par son titulaire, aura pu, comme on le disait, *consistere ab initio*, qu'autant qu'il se rangera dans la catégorie des legs *in causa caduci*, ou dans celle des legs caducs.

Pour justifier la diversité des règles qu'il établit, Justinien se fonde sur cette idée que, dans le cas où une chose est léguée *separatim* à quelqu'un, elle lui est attribuée en totalité : *solida ejus fit*. L'addition d'un rival gratifié de la même chose par une phrase distincte constitue seulement une chance de diminution ; mais, quand cette éventualité ne se réalise pas à défaut de concours, on ne peut pas dire qu'il y ait une part de legs vacante. Le légataire qui reste ne voit pas son droit s'accroître, il évite seulement une perte. « *Sin vero nemo alius veniat, vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars quæ deficit, nec aliis adcrescit, ut ejus, qui primus accepit, legatum augere videatur, sed apud ipsum qui habet solida remaneat, nullius concursu deminuta.* » En un mot, pour employer le langage d'Accurse, de Cujas, langage qui, de nos jours, a trouvé faveur, il y a *jus non decrescendi*, et non pas *jus adcrescendi*. Comme conséquence de ce point de vue, Justinien déclare que l'*onus* imposé spécialement au défaillant ne doit pas grever le légataire *disjunctus* qui accepte : il se borne effectivement à retenir son propre legs exempt de défalcation, il ne vient rien prendre sur le legs d'un autre. « *Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum tantum legatum imminutum habet.* »

En présence d'un legs fait *conjunctim* à plusieurs, il faudrait, au contraire, renverser les propositions qui précèdent. Chaque légataire ne devrait pas être considéré comme ayant *ab initio* la totalité. Le titre d'un appelé, pris isolément, ne lui donnerait qu'une part dans la chose léguée. Quand l'autre légataire vient à manquer, ce serait un nouveau legs qui se joindrait au pre-

tout légataire profitant de l'accroissement de même qu'à tout héritier, la dispense des *onera*, toutes les fois que les charges présenteront un caractère de *personnalité*, et que, dans la pensée du testateur, elles concernent exclusivement le légataire qui en a été grevé ; en un mot, quand on pourra dire, avec Justinien (§ 9) : « *Quæ omnia testatoris voluntas in ipsius solius persona intelligitur conclusisse, cui et suam munificentiam relinquebat.* »

mier, et on devrait dire : *legatum augetur*. Cette réunion du legs d'autrui entraînerait dès lors, avec l'avantage du profit, l'inconvénient des charges inhérentes à ce legs. Toutefois Justinien n'entend pas aggraver la position première que le testateur a voulu constituer pour le légataire à qui une part a été laissée exempte de charges ; libre à lui de répudier ou d'accepter l'accroissement, suivant qu'il le tiendra pour nuisible on non. Cette faculté d'opter, qui, suivant nous, est accordée par Justinien, n'est que la juste déduction de la manière dont il envisage le legs fait *conjunctim* à deux personnes. Il y voit pour chacun, d'abord un legs pur et simple de la moitié, plus un legs de l'autre moitié, mais en quelque sorte sous condition, ce legs ne devant lui obvenir que par la défaillance du colégataire, dont il est pour ainsi dire le substitué. Schneider ne nous paraît avoir saisi cette décomposition, quand il dénie la possibilité de répudier le second legs. C'est à tort qu'il invoque l'ancienne doctrine, qui était conséquente parce qu'elle partait toujours de l'idée d'un legs unique. Du moment qu'il y a deux legs, rien n'empêche le légataire d'accepter l'un et de refuser l'autre.

Entre les deux systèmes que nous offre l'histoire de la législation romaine pour régler la force et les effets du *jus adcrescendi*, celui de l'ancienne jurisprudence et celui de Justinien, lequel est préférable ? Ni l'un, ni l'autre, à notre avis, ne donne satisfaction complète à tous les intérêts qu'il importe de ménager. Nous croyons que mieux eût valu un troisième système, d'après lequel l'accroissement serait toujours volontaire, sans distinction de la forme du legs, mais qui, en revanche, imposerait toujours au légataire qui se prononcerait pour l'accroissement, l'obligation d'exécuter les charges assignées au défaillant.

Le problème qu'il s'agit de résoudre est celui de concilier deux intérêts qui sont également dignes de protection. D'une part, il ne faut pas empirer la position d'un légataire au profit duquel un legs a été fait sans charges ou avec des charges modérées, en le forçant à prendre la part d'un autre légataire qui a été moins bien traité, et qui peut-être ne répudie que parce qu'il trouve le fardeau trop lourd. Remarquons, en effet, qu'il n'y a pas d'inconvénient sérieux à laisser au légataire la faculté de rejeter le droit d'accroissement ; il est bien évident qu'il ne se refu-

sera pas à invoquer l'accroissement, toutes les fois qu'il n'y a aucun péril pour lui, et qu'il ne peut, au contraire, qu'y gagner. Nous concevons sans doute la règle posée par les jurisconsultes romains, d'après laquelle, en principe, un légataire ne peut accepter pour partie et répudier pour partie. Mais cette règle, fort raisonnable quand il est cas d'un legs identique dans toutes ses fractions, ne doit-elle pas souffrir exception, quand un legs se divise en deux moitiés, dont l'une est libre, tandis que l'autre est peut-être surchargée? Laissez au légataire, dont le collègue fait défaut, le soin de délibérer sur le parti qu'il lui convient de prendre; ne lui enlevez pas l'avantage que le testateur a entendu lui assurer. Quand il a eu soin de concentrer exclusivement telle ou telle charge sur la portion d'un seul des légataires, son intention est évidemment que la portion de l'autre ne doit pas être atteinte par l'exécution de cette volonté.

D'un autre côté, le défunt, en grevant le legs d'une charge qui doit profiter à un tiers, a voulu associer ce tiers au bénéfice de la disposition, et opérer en sa faveur une diminution sur l'émolument du legs; seulement il a fait, pourrions-nous dire, un assignat limitatif, en décidant que la part d'un seul des légataires devrait supporter cette défalcation. S'il est juste de ne pas soumettre à l'accomplissement de la charge la portion qui en a été exemptée, il serait également inique d'en purger la portion qui en est affectée. Un seul légataire, il est vrai, est taxativement grevé; mais toutes les fois que la charge n'offre rien de personnel à ce légataire, on doit dire que l'autre, s'il prend le tout, se trouvera tenu, sinon *ex sua persona*, du moins comme détenteur de la moitié du legs sur laquelle le tiers a droit de réclamer ce qui lui a été laissé. Justinien a raison de déclarer que l'*onus* suivra la part qui passe entre les mains du légataire *conjunctus;* mais pourquoi n'en sera-t-il pas de même, s'il y a deux dispositions au lieu d'une seule?

Un testateur a dit : Je lègue le fonds Cornélien à Primus et à Secundus, mais Secundus devra payer 10,000 à Tertius. Un autre se sera exprimé de la sorte : Je lègue le fonds Cornélien à Primus; je lègue le même fonds à Secundus, qui devra payer 10,000 à Tertius. Suivant Justinien, cette double manière de parler indiquerait tantôt que Primus, s'il prend le tout, sera tenu de compter les 10,000, tantôt que la dette de 10,000

restera exclusivement propre à Secundus. La légitimité de cette interprétation nous semble très-contestable, et nous doutons fort que chacun de ces deux testateurs ait eu une pensée différente. Pas plus dans un cas que dans l'autre, le disposant n'a imposé personnellement le payement des 10,000 à Tertius, cela est certain. Nous disons, par conséquent, qu'il ne peut jamais y être contraint. Mais, pas plus dans un cas que dans l'autre, le disposant ne doit être censé avoir voulu faire dépendre le droit de Tertius de l'acceptation de Secundus. Il a raisonné dans la supposition que Secundus accepterait; c'est sa part qu'il a voulu grever uniquement. L'intermédiaire entre le testateur et Tertius disparaît; faut-il pour cela anéantir le droit de Tertius, puisque la part destinée à le désintéresser reste néanmoins, et va profiter à un autre? C'est là ce qui nous paraît peu raisonnable; car alors on devra dire, même avec l'emploi de la forme conjonctive, que si de Primus et de Secundus aucun ne se porte légataire, Tertius ne pourra rien réclamer. Cette conséquence injuste avait été, nous l'avons vu, condamnée par un rescrit d'Antonin, rapporté par Papinien, l. 70, *De legat.*, 2°, où il est dit que le légataire grevé d'un fidéicommis, qui n'accepte pas son legs, devra céder ses actions contre l'héritier au fidéicommissaire.

A nos yeux, l'intention du testateur, qu'il ait disposé dans la forme conjonctive ou dans la forme disjonctive, s'analyse dans les propositions qui suivent. Quant à Primus, celui-ci doit avoir la moitié du fonds, sans aucune charge, fût-il en concours avec Secundus et Tertius. Il doit avoir la totalité à défaut de Primus et de Secundus; à défaut de Secundus seul, il doit avoir dans tous les cas une moitié libre, et l'autre moitié à son gré, s'il veut payer les 10,000 à Tertius. L'intégrité du legs pour une moitié ne doit pas dépendre de la circonstance que Secundus acceptera ou répudiera : Tertius n'a le droit de se faire payer que sur une moitié. De là nécessité de ne point imposer à Primus un accroissement qu'il peut trouver onéreux. — Quant à Secundus, en concours avec Primus et Tertius, il doit avoir la moitié du fonds, moins une somme de 10,000 à payer à Tertius. A défaut de Primus et de Tertius, il a droit à la totalité; en concours avec Primus seul, il prendra la moitié sans charges; en concours avec Tertius seul, il prendra le tout, sous l'obligation de

payer 10,000. — Enfin, quant à Tertius, il a droit à une somme de 10,000, qu'il demandera d'abord à Secundus, si celui-ci accepte son legs, en deuxième ligne à Primus, quand ce dernier consent à recueillir la moitié grevée de cette charge, enfin à l'héritier, qui profitera de la défaillance du legs, au cas où Primus et Secundus ne prendraient, ni l'un ni l'autre, la moitié sur laquelle pèse l'obligation de payer les 10,000.

Si nous défendons le système, le plus équitable selon nous, d'après lequel le legs serait toujours divisible au choix du légataire dont la part est libre, nous pensons cependant qu'il faut admettre en principe, comme le faisait l'ancienne jurisprudence, un legs unique, et non pas deux legs, l'un pur et simple pour la part libre, l'autre conditionnel, quant à la part grevée, et qui pour son échéance serait subordonné à la défaillance du légataire auquel la charge est assignée. En allant jusqu'à dire qu'il y a un second legs conditionnel, il faudrait exiger la survivance du légataire dont la part est libre, pour qu'il pût profiter de la vacance. Ce serait l'abandon de la vieille règle en matière d'accroissement : *Portio portioni adcrescit*, qui nous semble bonne à conserver; seulement, l'accroissement pouvant être préjudiciable, à raison de l'importance des charges, nous approuvons la décision de Justinien, qui le laisse facultatif à l'égard du légataire *conjunctus*. C'est une manière de lui conserver toujours intacte la part libre qui lui a été donnée telle. Mais, d'un autre côté, nous sauvons les droits du bénéficiaire de la charge, en lui donnant action même contre le légataire *disjunctus*, qui prendrait la part grevée, tout en l'autorisant lui aussi à repousser l'accroissement, ce qui mettrait le tiers à qui la charge doit profiter en rapport avec l'héritier, qui retient alors la part grevée.

On ne peut nous objecter que nous nous préoccupons inutilement de la gravité des charges imposées à un légataire, attendu qu'il serait suffisamment protégé par cette règle qu'un légataire ne saurait être obligé à payer au delà de ce qu'il a reçu. Cette règle, en effet, comme le fait observer Papinien, l. 70, § 1, *De legat.*, 2°, n'est applicable qu'autant que le montant du legs et le montant des charges consistent en quantités de même nature, de telle sorte que la comparaison des deux éléments à rapprocher rende l'excès évident. « *Hæc ita, si quantitas cum quanti-*

tate conferatur. » Quand le légataire d'un corps certain est obligé de payer telle somme, d'accomplir tel ou tel acte, dont l'évaluation peut être incertaine, c'est au légataire à décider, à ses risques et périls, si le profit qui lui est offert suffit à la charge. Or, cette appréciation à faire peut présenter un danger, auquel un homme prudent ne s'exposera pas. Il est possible que le testateur se soit trompé de bonne foi dans l'estimation qu'il a faite; et il serait injuste de rendre victime de ce faux calcul le légataire, qui, dans la pensée du disposant, doit toujours avoir une part libre. Nous ne voyons guère d'autre considération que celle d'un risque à courir qui puisse empêcher un légataire d'user du droit d'accroissement. Il n'y a pas d'inconvénient à imposer la nécessité de l'accroissement à l'héritier, parce qu'il peut invoquer la loi Falcidie, au moyen de laquelle les prétentions des légataires seront réduites pour faire une part à l'héritier. Mais un légataire ne jouit pas d'une semblable réserve, et, par suite, il faut lui laisser la faculté de s'abstenir de l'accroissement, afin que ce qui doit être une faveur pour lui ne tourne pas à son détriment.

E. MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

CODE RÉGLEMENTAIRE DU CRÉDIT FONCIER

EN PORTUGAL,

PAR M. DA SILVA FERRAO.

Examen de cette publication au point de vue doctrinal et historique.

L'étude de la législation comparée, dit un éminent magistrat, est la meilleure manière d'approfondir les grandes questions que présente la science du droit. A une époque où l'organisation du crédit foncier est à l'ordre du jour, où tous les esprits se préoccupent vivement de la solution à donner à ce grand problème depuis si longtemps cherché, nous ne devons pas laisser passer sans la signaler la publication du projet de code réglementaire du crédit foncier en Portugal, présenté à la Chambre des pairs le 12 juillet 1858 par M. Da Silva Ferrao. En octobre 1855, M. Ch. Goussard, conseiller référendaire à la Cour des comptes, en a fait l'objet d'un travail intéressant, inséré dans le *Moniteur* et reproduit dans le *Moniteur Belge;* depuis il en a publié la traduction sous l'anonyme transparent de l'initiale, et sa traduction a été enrichie d'une remarquable préface par M. Martou, de Bruxelles. Personne n'était plus à même que le savant auteur des *Priviléges et Hypothèques* de présenter au public le projet élaboré par M. Da Silva Ferrao : les études spéciales qu'il a faites de la matière, la connaissance profonde qu'il a du sujet, la part importante qu'il a prise à la réforme hypothécaire en Belgique, lui rendaient la tâche facile ; elle a dû lui être agréable en même temps, car il se trouve avec M. Da Silva Ferrao dans une identité à peu près parfaite de vues et de principes. On voit qu'il s'est complu dans son œuvre ; son introduction est plus qu'une introduction : c'est l'exposé complet quoique succinct de la grande question de la réforme hypothécaire qui, depuis bientôt cinquante ans, depuis vingt ans surtout, passionne tous les jurisconsultes et les économistes ; c'est l'historique des projets conçus, abandonnés, repris, adoptés par

les différents législateurs dans les divers pays de l'Europe ; c'est aussi un plaidoyer convaincu en faveur du système de la publicité parfaite de la propriété, de ses démembrements et des charges foncières et de la spécialité de l'hypothèque. C'est avec une pareille préface que le projet de loi réglementaire du crédit foncier en Portugal devait être livré à la publicité ; le lecteur, bien préparé par le jurisconsulte théoricien, aborde plus facilement l'œuvre pratique, aux allures un peu sèches du législateur. Sans doute, cette publication ne s'adresse point à ceux qui n'ont aucune connaissance de la matière ; mais il n'est personne qui, au moment de lire une œuvre comme celle de M. Da Silva Ferrao, n'éprouve le besoin de regarder en arrière, de voir ce qui a été dit, ce qui a été fait, ce qui reste à faire, en un mot qui n'éprouve le besoin, s'il nous est permis de nous exprimer ainsi, de préciser l'état de la question. Les quelques jurisconsultes, ils sont rares, qui auraient pu faire par eux-mêmes ce travail, sauront gré à M. Martou de leur en avoir épargné la peine ; grâce à lui, ceux qui n'auraient pu faire cette revue rétrospective qu'au prix de longues et difficiles recherches pourront lire avec intérêt le *Projet de Code réglementaire du crédit foncier ;* nous sommes de ceux-là, et à ce titre nous lui avons une reconnaissance égale au plaisir dont nous lui sommes redevable.

Le travail de M. Da Silva a cela de particulier que, pour devenir un code complet de l'organisation du crédit foncier dans le sens le plus large du mot, il ne lui manque que la sanction législative. Ce n'est point une réforme partielle, ce n'est pas l'organisation de quelque moyen nouveau, destiné à faciliter le développement du crédit qui a pour base la fortune immobilière, et venant compléter une législation hypothécaire jugée insuffisante, comme ce qui a été fait jusqu'à ce jour, et notamment en France, par le décret sur les sociétés de crédit foncier du 28 avril 1852. M. Da Silva Ferrao n'a pas les allures contraintes du législateur français qui conserve et qui innove ; chargé par son gouvernement de préparer la loi sur le crédit foncier, il répudie les traditions du passé, il se débarrasse des entraves de la législation présente, et sur les données de la science il rédige un projet qui est certainement ce qui a été fait jusqu'à ce jour de plus complet et de plus hardi, de plus ingénieux et de plus

pratique en même temps. Le principe sur lequel il repose, celui de la publicité absolue de la propriété et des charges qui la grèvent, n'est pas nouveau; mais ce qui appartient en propre à M. Da Silva, c'est la mise en œuvre du principe; il apporte les soins les plus minutieux dans l'organisation de la publicité, il la réglemente dans ses plus petits détails; c'est qu'en effet le principe n'est salutaire qu'à la condition de n'être pas une lettre morte; la publicité, pour produire les effets qu'on attend d'elle, a besoin d'exister vraiment. Ce qui est encore à M. Da Silva, c'est l'enchaînement rigoureux des conséquences au principe, c'est l'ordre logique des chapitres et des articles entre eux, c'est aussi la netteté, la précision des dispositions. Nous sommes convaincu que cette appréciation sera partagée par tous ceux qui prendront connaissance du livre que nous avons entre les mains.

La donnée fondamentale du projet est, avons-nous dit, la publicité absolue de la propriété, de ses démembrements, des charges qui la grèvent, des événements de toute nature qui l'affectent. C'est maintenant un fait acquis; la publicité est la première condition du crédit. Le crédit vit de confiance, et la confiance ne s'inspire pas, elle se raisonne. Le prêteur est circonspect, la peur de perdre le rend exigeant; il veut des garanties, il les veut solides, réelles; celles qu'on ne peut pas lui enlever sont les meilleures : la terre, voilà le gage par excellence, et pourtant sur ce gage le propriétaire foncier trouve difficilement à emprunter. De nos jours surtout le crédit a manqué aux possesseurs du sol, plus particulièrement aux propriétaires des biens ruraux.

Quelle est la cause de cette situation déplorable du crédit foncier, non-seulement en France, mais en Europe? L'argent va d'un autre côté, aux opérations commerciales et industrielles; mais pourquoi? Les jurisconsultes attribuent ce résultat aux vices du régime hypothécaire; ils signalent la clandestinité des transmissions de propriété, la publicité insuffisante et la généralité des hypothèques, les difficultés et les lenteurs de la réalisation du gage immobilier. Les économistes, à leur tour, indiquent d'autres causes : la terre rend lentement le capital qu'on lui confie. Celui qui emprunte pour améliorer le sol doit emprunter à longue échéance, car la terre sera longue

à le mettre à même de rendre sur des produits le capital qu'elle a absorbé; il ne faut pas qu'il emprunte à un taux trop élevé, car si l'intérêt absorbe le revenu qu'il s'est procuré par les améliorations, la restitution du capital devient impossible. Or, le prêteur aime les gros intérêts et les courtes échéances; voilà donc encore une raison pour que les capitaux s'écartent de la propriété foncière, bâtie ou non bâtie, rurale ou urbaine, il n'y a point à distinguer. Est-ce tout? Non; autrefois les placements hypothécaires étaient bien plus nombreux qu'aujourd'hui, et cependant les imperfections de la loi étaient plus grandes encore, les emprunteurs ne payaient pas de plus gros intérêts, les échéances n'étaient pas plus courtes. Les causes que nous venons de signaler ne sont, d'après nous, que des causes secondaires; la grande cause, la cause première, c'est que les conditions de l'existence sont changées : le besoin de la fortune, la soif du bien-être, fait qu'on préfère un intérêt plus élevé à des garanties plus grandes. L'accroissement continu des jouissances matérielles, auquel tend l'homme des sociétés modernes, a changé le point de vue du prêteur; il s'agit moins maintenant de conserver que de faire produire, et Dieu sait si la tendance du capitaliste vers les gros intérêts a été favorisée par les entreprises commerciales et industrielles que fait naître le même désir effréné de richesse et de bien-être. Aussi pensons-nous que tant que l'esprit public ne sera point changé, le législateur luttera en vain contre l'extension toujours croissante du crédit commercial et industriel aux dépens du crédit foncier; il aura beau invoquer les systèmes hypothécaires les plus parfaits, favoriser le développement du crédit immobilier par la création de sociétés intermédiaires chargées de procurer des fonds aux emprunteurs et des placements aux capitalistes, rendre facilement négociables les créances hypothécaires, tout cela ne suffira pas à guérir un mal dont la cause est placée plus haut. Est-ce à dire que le mal n'en sera point atténué? Non, notre conviction ne va pas jusqu'au découragement; portons-y remède dans la mesure de nos moyens. Facilitons le retour des capitaux à la propriété immobilière, en donnant au prêteur plus de sécurité, puisque l'expérience a constaté qu'il en manquait; permettons-lui d'apprécier la solvabilité de son débiteur, en lui divulguant sa propriété et les charges de toute nature qui la

grèvent ; diminuons les frais et les lenteurs du remboursement, rendons négociables les obligations hypothécaires, et attendons que le goût des placements solides succède au besoin immodéré des spéculations aventureuses.

C'est sur ces données qu'on a travaillé depuis 1804. A cette époque on était dans un moment de transition, on réagissait contre la force des idées nouvelles, on ne voulait point aller si loin qu'elles, mais on ne voulait pas non plus remonter trop avant dans le passé. En législation comme en politique on transigeait ; on voulait construire un édifice durable ; tout le monde était d'accord sur ce point ; mais les uns craignaient d'employer des matériaux trop neufs, dont la valeur leur était encore inconnue, qui n'avaient pas subi l'épreuve du temps ; les autres redoutaient l'usage de matériaux surannés et vermoulus. Ainsi, les partisans du passé un peu timides, mais forts de leur expérience et de leur vieille pratique, se trouvaient en présence, dans les délibérations du Conseil d'Etat comme ailleurs, avec les hommes nouveaux, adeptes encore fervents, mais contenus, des idées de la révolution. Le Code Napoléon se ressentit de ces dispositions diverses des hommes appelés à le rédiger. On sent, en lisant les procès-verbaux des séances du Conseil d'Etat ; on sent, on voit nettement dessinées les aspirations différentes de ceux qui ont pris part à ce grand travail de codification ; cette diversité de vues amenait des concessions ; c'est le caractère d'une transaction qui a été imprimé au Code Napoléon, non-seulement dans les matières qui tiennent plus étroitement à l'ordre social, comme le mariage et la filiation, mais encore dans celles qui, comme celle qui nous occupe, ne l'intéressent qu'à un moindre degré. On l'a remarqué et dit trop de fois pour que nous le répétions, à propos du divorce et de la séparation de corps, à propos de la situation qui a été faite aux enfants naturels ; on ne l'a peut-être pas assez observé en ce qui concerne le système hypothécaire de l'an XII. En cette matière pourtant, le législateur de 1804 se trouvait placé entre le vieux droit et le droit nouveau, entre les idées de la France monarchique et les idées de la Révolution, entre le système des anciennes coutumes et le système de la loi du 11 brumaire an VII. Ces deux systèmes se produisirent dans les débats du Conseil d'Etat, soutenus par des champions éloquents et autorisés. D'ailleurs, la

lutte était franchement établie entre eux. M. Bigot de Préameneu faisant, au nom d'une partie de la section de législation, l'exposé du régime hypothécaire adopté dans le projet du Code civil, le commençait ainsi : « Le nouveau système de la publicité et de la spécialité des hypothèques est-il préférable aux règles suivies dans cette matière jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII? » On voit que la question était nettement posée. M. Bigot de Préameneu se prononça pour l'ancien système hypothécaire, pour cette théorie simple qui, dit-il, depuis tant de siècles, fixe les droits entre les créanciers et les débiteurs, et les droits des créanciers entre eux, théorie fondée sur l'usage le plus étendu du droit de propriété, soit pour assurer le sort des créanciers, soit pour multiplier le crédit et les ressources du débiteur; théorie qui n'a jamais souffert d'altération chez le peuple le plus profond dans la science des lois civiles; théorie avec laquelle la France était parvenue au plus haut degré de prospérité; théorie qui ne peut être détruite ou altérée sans porter atteinte à l'ordre public et spécialement au droit le plus sacré de tous, le droit de propriété. Il se montra sévère pour la loi de brumaire, qu'il appelle une grande et effrayante innovation. Changer le mode des hypothèques, vouloir que de simples hypothèques, si elles sont inscrites, l'emportent, malgré l'évidence de l'équité, sur des priviléges résultant de la nature même de la créance, réduire le débiteur à n'offrir pour gage que ses biens présents, ne l'autoriser à hypothéquer tous ses biens présents qu'avec des formalités ruineuses, voilà ce qu'on doit appeler une grande et effrayante innovation, et ce qui doit encore être ainsi qualifié lorsque l'on compare son existence depuis cinq ans avec plus de vingt siècles, pendant lesquels il n'est point à croire que l'on ait méconnu quels sont les droits respectifs des débiteurs vis-à-vis des créanciers et des créanciers entre eux, et quel est le régime le plus convenable soit au crédit général, soit à l'ordre public. D'un autre côté, M. Réal, chargé de faire le rapport sur le projet de loi, au nom de la partie de la section de législation qui était d'avis de la repousser, n'était pas moins absolu dans son opinion; il demandait la conservation du système de brumaire an VII, parce que le principe de la publicité et de la spécialité des hypothèques est essentiellement conservateur de la propriété, créateur du crédit public et du crédit particulier, régénérateur de la

bonne foi et des mœurs ; parce que le principe de l'hypothèque clandestine et générale, qui se trouve présenté dans le projet de Code, est le plus cruel ennemi de la propriété, du crédit et de la bonne foi.

Les rapports très-étudiés de MM. Bigot de Préameneu et Réal servirent de bases à la discussion. M. Tronchet apporta l'appui de sa parole et de sa raison au projet du Code : il repoussa le système de la loi de brumaire ; M. Portalis préférait le principe de la publicité et de la spécialité, mais avec des restrictions, notamment à l'égard des hypothèques résultant du mariage et de la tutelle ; M. Treilhard l'admettait sans restriction. En définitive, le principe de la publicité et de la spécialité triompha, mais non pas d'une façon absolue. On déclara qu'il était impossible de spécialiser les hypothèques de la femme mariée et du pupille ; qu'elles étaient naturellement indéterminées, et que par conséquent il n'est pas possible d'en restreindre l'efficacité, sans préjudicier aux droits si éminemment favorables des incapables ; on déclara qu'il n'est pas utile de les soumettre au principe de la publicité ordinaire, puisqu'elles résultaient de faits patents et connus de tous, le mariage, la tutelle. Ainsi se trouva organisé le système hypothécaire français. « La France est agricole autant que commerçante, disait un des hommes les plus éminents de l'époque ; les capitaux sont aussi nécessaires à l'agriculture qu'au commerce, et la législation doit être telle que les capitaux puissent facilement arriver à cette double source de la prospérité nationale. L'espoir de plus grands bénéfices promptement réalisés, des voies de contrainte plus rigoureuses, la rapidité des mouvements dans les fonds, la courte durée du prêt, la prompte rentrée des fonds, l'impossibilité où se trouve l'emprunteur de manquer à son engagement, sans se déshonorer ou s'exposer aux plus grands malheurs, sont autant d'appâts qui attireront toujours au commerce un grand nombre de capitaux. Et bientôt il les absorberait tous au détriment de l'agriculture et des autres besoins de la société, si, dans les prêts hypothécaires et dans les autres transactions qui ont pour objet ou moyens les immeubles, l'infériorité des bénéfices n'était compensée par la facilité et la solidité du placement. » Voilà comment l'objet de la loi hypothécaire est défini : les moyens y ont-ils répondu ? Le crédit commercial a absorbé le crédit foncier,

les fonds ont déserté la propriété rurale pour se livrer au commerce. Devons-nous en rendre responsable le législateur de 1804? Si le système hypothécaire du Code Napoléon n'est point irréprochable, nous devons reconnaître qu'il est loin de mériter tous les reproches qu'on lui adresse. Et la preuve, c'est que les nations étrangères qui l'ont reçu de nous l'ont conservé comme un bienfait, toutefois en lui faisant subir des modifications, des perfectionnements que nous lui avons à notre tour apportés.

Sous l'influence en effet de nos succès militaires, le Code Napoléon était devenu la loi des pays italiens, allemands, belges, hollandais. Les uns, annexés à l'Empire français, s'étaient trouvés tout naturellement soumis à notre législation; les autres, à la tête desquels des princes français avaient été placés, avaient subi non moins naturellement l'influence de nos idées et l'empire de nos lois. Notre Code avait d'ailleurs soulevé en Europe une admiration qui tenait de l'enthousiasme; la forme simple de sa rédaction, la netteté de ses termes, la précision de ses dispositions, l'enchaînement logique de ses articles désignés par une même série de numéros, établissaient à son profit un contraste si avantageux avec les anciens corps de lois diffus, mal coordonnés, d'une pratique difficile, que les esprits allaient d'eux-mêmes au-devant de lui et en désiraient l'usage comme on souhaite une faveur. Le Code Napoléon! c'était pour les peuples une garantie contre le passé, un gage pour l'avenir; le Code Napoléon! c'était le Code de la révolution, c'était l'égalité des partages, c'était l'abolition du droit d'aînesse : voilà pourquoi on l'adoptait d'enthousiasme. Lorsque la France fut rentrée dans ses premières limites, lorsque les anciennes dynasties revinrent s'asseoir sur les trônes que nos armes avaient renversés, les lois françaises étaient déjà fortement établies: on dut compter avec elles. Là elles furent maintenues dans leur intégrité; ailleurs on leur fit subir des modifications profondes. Chaque nation reprit son individualité et son initiative; chacune se fit une législation à elle, plus ou moins puisée aux sources françaises, se rapprochant plus ou moins du Code Napoléon; les royaumes de Naples et de Piémont remanièrent leurs lois; il en fut de même de la Bavière, de la Belgique, de la Hollande. Nous ne voulons pas noter en quoi consiste la réforme opérée dans ces différents

États, pas même au point de vue spécial du régime hypothécaire; M. Troplong, dans la préface de son *Traité des priviléges et des hypothèques*, a analysé les modifications que ces pays ont fait subir au Code Napoléon sur ce point: il ne nous appartient pas d'y revenir; mais qu'il nous soit permis de rappeler après lui et d'après lui le caractère particulier de ces modifications. Elles ont toutes un caractère progressif; toutes sont un acheminement vers un droit hypothécaire plus parfait. Il est vrai que le législateur des Deux-Siciles et du Piémont a procédé timidement; il a regardé en arrière, il s'est senti effrayé du pas immense qu'il avait fait, de la distance énorme qui le séparait du droit qu'il avait quitté pour le Code Napoléon; il n'a point osé aller plus avant, et, sauf quelques modifications de détail, le régime hypothécaire des Codes napolitain et piémontais est la reproduction du régime hypothécaire français; quelques précautions de plus pour assurer l'inscription des hypothèques légales, la nécessité, pour la femme mariée devenue veuve ou pour le pupille devenu majeur, d'inscrire leur hypothèque dans le mois de la dissolution du mariage ou de la majorité, tel est le bilan des minces réformes opérées dans ces législations. Mais, dit M. Troplong, dans un moment où les dynasties anciennes avaient repris leur places, où les conquêtes de Napoléon n'existaient plus qu'en souvenir et où il se faisait une sorte de réaction contre la domination de la France, ce fut une œuvre de sagesse de n'avoir pas rétrogradé jusqu'à l'hypothèque occulte, qui semblait plus en harmonie avec les principes du gouvernement.

Dans les Codes bavarois, genevois, hollandais, belge, les réformes furent plus hardies; le principe de la publicité fut admis sans réserve; on rendit publiques non-seulement les charges qui grèvent la propriété, mais les transmissions de la propriété; on voulut mettre au jour la solvabilité du vendeur et de l'emprunteur, assurer d'une manière parfaite la sécurité de l'acheteur et du prêteur. Le principe de la spécialité, plus difficilement réalisable, ne resta pas en dehors de ces réformes. Le Code civil des Pays-Bas de 1838 n'accorde au pupille une hypothèque légale que pour une somme déterminée par le juge de paix, après avis de parents, au début de la tutelle; la femme mariée n'a pas d'hypothèque légale, elle n'a d'hypothèque qu'autant

qu'elle a eu le soin de la stipuler dans le contrat de mariage pour une somme déterminée. De même, la loi belge du 16 décembre 1851 n'admet pas la généralité des hypothèques, excepté pourtant l'hypothèque légale de l'État sur les biens présents et à venir du comptable.

Ainsi modifié à l'étranger, le régime hypothécaire du Code Napoléon avait été respecté en France et maintenu dans son intégrité, non point qu'il n'ait été de bonne heure en butte aux attaques de ceux qui, plus clairvoyants et plus impatients, en avaient deviné les défauts avant que l'expérience ne les eût signalés, et réclamé la réforme avant que le temps ne l'eût rendue nécessaire ; mais il y avait résisté parce qu'on avait craint de détruire par des changements prématurés les bénéfices d'une codification depuis si longtemps désirée, parce que les vices du système, quoique signalés, n'étaient pas démontrés, parce que l'épreuve n'était pas complète et que si le mal était connu, on n'était pas d'accord sur le remède. Aujourd'hui une longue application de la loi a fait disparaître tous les doutes ; l'expérience a mis à nu les vices de la loi ; aussi la réforme hypothécaire n'est-elle pas restée à l'état de vœu stérile ; ceux qui président au gouvernement y ont donné leur adhésion ; ils l'ont jusqu'à un certain point réalisée, d'abord par le décret qui organise les sociétés de crédit foncier, ensuite par la loi sur la transcription en matière immobilière, du 23 mars 1855, enfin par la loi sur les ordres du 21 mai 1858.

Un des griefs les plus fréquents adressés à la loi française, le plus sérieux sans contredit, celui sur lequel tout le monde est tombé d'accord, était la clandestinité des transmissions de la propriété immobilière. Soit que les législateurs de l'an XII aient cédé à l'influence des idées spiritualistes, soit plutôt, ainsi que l'explique d'ailleurs M. Troplong, que la discussion sur ce point se fût égarée et que le principe passât inaperçu du projet dans la rédaction définitive, le seul consentement des parties fut considéré comme suffisant pour opérer à l'égard des tiers transmission de propriété. Plus tard on admit que l'hypothèque n'aurait d'effet qu'à la condition préalable d'être rendue publique. On sent à quelle inconséquence s'abandonnait le législateur. Quoi ! vous voulez que le prêteur, avant de livrer son argent, puisse connaître jusqu'à quel point l'immeuble qu'il

entend affecter spécialement au payement de sa créance est grevé de droits préférables au sien, et vous ne lui donnez pas le moyen d'apprendre ce qu'il doit chercher d'abord à savoir, c'est-à-dire si l'emprunteur est propriétaire? Le seul consentement opère transmission de propriété! Je vais prêter 100,000 francs aujourd'hui à tel individu sur un immeuble qu'il a vendu hier, et si à l'époque du remboursement je veux saisir le bien qui répond de ma créance, l'acquéreur, muni d'un titre enregistré, viendra le revendiquer et ma ruine peut-être sera légalement consommée! Le mal n'a point été si grand qu'on aurait pu le croire, en présence de cette insuffisance si dangereuse de la loi ; les annales judiciaires renferment cependant maint exemple des fraudes dont les acquéreurs et les prêteurs ont été les victimes et dont la clandestinité des transmissions immobilières a été la source : là c'est un vendeur qui, après avoir vendu une première fois avec rétention d'usufruit, s'est conservé les apparences de la propriété et qui revend une deuxième fois ; ici c'est un emprunteur qui hypothèque un immeuble dont il a aliéné l'usufruit, qu'il a grevé de servitudes importantes ou bien dont il a délégué les loyers pour un grand nombre d'années. Mais si les exemples de fraude n'ont pas été plus fréquents, n'y avait-il pas, ainsi que le fait remarquer un éminent jurisconsulte, un mal constant dont l'imperfection de la loi était la cause : le trouble que jetait dans les relations des vendeurs et des acquéreurs, des prêteurs et des emprunteurs, la possibilité de la fraude? Mettre l'acquéreur et le prêteur à même de vérifier si véritablement le vendeur ou l'emprunteur sont propriétaires de l'immeuble qui fait l'objet du contrat, en second lieu lui donner les moyens d'apprécier la valeur du gage d'une façon approximativement exacte, en révélant les servitudes qui le grèvent, les hypothèques qui l'affectent, les charges de toute nature qui le déprécient, voilà le but que devait se proposer la réforme de notre loi hypothécaire. Le moyen de l'atteindre, tout le monde l'indiqua : c'était l'adoption du principe de la loi de brumaire an VII, c'est-à-dire la publicité obtenue par la transcription des transmissions de propriété ou des constitutions de droits immobiliers. Lorsqu'en 1841 le gouvernement mit la question à l'étude, la Cour de cassation, vingt-deux Cours d'appel, d'accord avec les Facultés de droit,

c'est-à-dire la pratique et la théorie, se prononcèrent unanimement en faveur de la transcription, comme condition constitutive de la propriété à l'égard des tiers; c'est encore à la transcription qu'on s'est arrêté en 1855, mais on l'a voulue plus complète.

La loi de brumaire an VII n'exigeait que la transcription des *actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques;* la loi récente qui remet en vigueur cette prescription l'étend aux actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage, d'habitation, aux baux d'une durée de plus de dix-huit années, à tous actes portant quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus. Ce n'est qu'après avoir été rendus publics et du jour où ils l'ont été que ces droits deviennent opposables aux tiers. Du reste la loi de 1855, comme celle de l'an VII, ne s'applique qu'aux actes entre vifs et non aux mutations après décès. Les successions *ab intestat* restent sous l'empire de l'antique maxime : *Le mort saisit le vif;* pour le testament on jugea qu'il était impossible de subordonner la propriété du légataire à la formalité de la transcription d'un acte qu'il ne connaissait souvent que fort longtemps après le décès du testateur et de laisser ainsi à l'héritier légitime le droit de disposer dans l'intervalle du décès à l'accomplissement de la formalité, que ce serait porter atteinte à la faculté de tester et faire dépendre l'exécution des dernières dispositions du défunt de la bonne volonté de ses héritiers naturels.

Telle est l'économie de la loi sur ce point. On voit dans quelles limites cette loi qui, ainsi qu'on l'a dit, est tellement en harmonie avec l'ensemble des dispositions de nos codes, qu'elle semble être moins une innovation qu'une restitution, donne satisfaction aux besoins du crédit foncier. Certains esprits la considèrent comme insuffisante : M. Martou semble être de ceux-là; il la condamne implicitement, en embrassant les idées de M. Da Silva Ferrao, sur la publicité à donner aux transmissions de propriété, aux droits de toute nature, qui peuvent affecter la valeur vénale du sol.

M. Da Silva Ferrao consacre le principe de la publicité de la façon la plus absolue; toutes les circonstances qui sont de nature à influer d'une manière quelconque sur le droit de pro-

priété et sur la valeur vénale de l'immeuble doivent être portées à la connaissance de ceux qui ont intérêt à la connaître; ce ne sont pas seulement les faits principaux ou les charges lourdes, ce sont même les faits accidentels, les dépréciations éventuelles et provisoires. Son but est l'organisation du crédit foncier; il n'y a pas de crédit possible si la propriété est incertaine; mais une fois le prêteur assuré des droits de celui avec qui il traite, la personnalité de l'emprunteur disparaît pour faire place à l'individualité de l'immeuble; c'est l'immeuble qui emprunte, c'est l'immeuble qui doit. Cette idée éminemment vraie est la base de la publicité, telle que l'organise M. Da Silva Ferrao. Tous les immeubles doivent être inscrits sur un registre appelé *matrice de l'enregistrement foncier;* à cette condition seulement celui qui le possède en est le propriétaire; sans cela, sa possession n'est qu'un fait dépourvu de toute espèce de droits, qui ne produira aucun effet civil, aucun effet judiciaire. Sur ce livre, chaque immeuble s'individualise par un enregistrement qui comprend les noms et prénoms de son possesseur, sa désignation, son étendue, sa nature, son utilité, sa valeur, le revenu dont il est susceptible, l'origine de la propriété, les charges existantes à l'époque de l'enregistrement. En tête de cet enregistrement, il est laissé une ou plusieurs pages blanches; ces pages sont destinées à recevoir la mention de tous les faits qui peuvent intéresser l'immeuble à quelque égard que ce soit. Là viendront s'inscrire les modifications quelconques qu'il subira du chef de succession, donation, contrat, novation, confusion, consolidation, litispendance, jugement, les servitudes personnelles ou réelles, les hypothèques, les charges réelles de quelque nature qu'elles soient, les changements apportés, soit par le fait de l'homme, soit autrement, à sa nature, à son utilité ou à sa valeur. La sûreté des transactions immobilières exige la publicité des faits de la naissance et du mariage, observe M. Martou; M. Da Silva Ferrao répond à ce besoin en créant deux livres spéciaux : le *livre des contrats anténuptiaux, des fiançailles et du mariage*, dont le titre indique suffisamment l'objet : en tête de chaque enregistrement il sera aussi laissé un espace blanc nécessaire pour l'inscription de la non-réalisation du mariage, de la séparation des conjoints et des procès entamés sur ces objets; le

livre des filiations sur lequel sont inscrits les enfant nés dans le mariage, nés hors mariage, mais légitimés, les enfants adoptés avec clause de succession générale ou spéciale, les enfants reconnus volontairement ou judiciairement ; les décès des enfants, les procès sur les filiations, les jugements définitifs intervenus dans ces procès y seront mentionnés.

Indépendamment des registres que nous venons de désigner, M. Da Silva Ferrao a imaginé, et c'est là un des côtés les plus originaux de son projet, un livre intitulé : *des charges provisoires ;* sur ce livre seront enregistrées, dit l'article 97 du projet, toutes celles qui auront le caractère provisoire, telles que les charges résultant de garantie, universalité de droits, tutelle, curatelle, hypothèque générale, contestation sur filiation et pétition d'hérédité, et autres cas de responsabilité dont l'effet ne porte pas sur des fonds déterminés, les contrats sur des biens déterminés ou indéterminés, mais dont les effets sont subordonnés à des événements, conditions ou formalités postérieures à la date de ces contrats. Nous verrons plus tard quelle importance a ce livre dans la solution que donne M. Da Silva Ferrao au problème de la spécialisation de l'hypothèque légale, solution ingénieuse qui tourne la difficulté plutôt qu'elle ne la résout ; mais dès à présent on comprend quel en est le rôle dans ce système de publicité absolue. C'est un rouage destiné à simplifier le jeu du livre-matrice ; tout ce qui n'est pas définitif, tout ce qui n'est qu'éventuel ou provisoire ne doit pas venir encombrer les pages qui contiennent, pour nous exprimer comme MM. Goussard et Martou, l'état civil de chaque immeuble. Cependant cet éventuel, ce provisoire doit être porté à la connaissance de l'acquéreur et du prêteur, car la valeur des biens ne laisse pas que d'en être affectée : le *livre des charges provisoires* sauvegarde l'intérêt des tiers, sans être un embarras. Il est tenu comme les autres livres, c'est-à-dire selon le principe de l'individualisation de l'immeuble : on y inscrit avec soin toutes les causes d'extinction ou de réalisation des charges provisoires ou éventuelles ; si elles sont devenues définitives, on les enregistre au livre-matrice.

Tel est l'ensemble du projet portugais : nous avons négligé avec intention de parler de quelques autres registres qui n'y ajoutent rien, et dont l'énumération seule aurait pu entraver

l'exposition du système ; la *matrice foncière des majorats et chapelles*, la *matrice foncière des corporations de personnes morales perpétuelles*, la *matrice des fonds appartenant à l'Etat*. Ces livres ne sont que des livres-matrices de l'enregistrement foncier appliqués à une nature spéciale de biens ; ils tendent au même but, et leur existence n'est justifiée que par l'état particulier du sol en Portugal. Ils pourraient pourtant être une gêne dans la pratique, si M. Da Silva Ferrao n'eût pris le soin de faciliter les recherches, en instituant des répertoires combinés de façon à signaler de suite quels sont les fonds libres et ceux qui ne le sont pas. C'est l'objet d'un livre intitulé : *Abrégé de la matrice de l'enregistrement foncier*, sur lequel figurent tous les biens enregistrés aux livres de matrice générale ou spéciale, avec la simple mention de *libres* ou *engagés*, accompagnée d'un renvoi au livre et à la page. Dans le même but un autre livre intitulé : *des enregistrants et des enregistrés*, contient par ordre alphabétique les noms de toutes les personnes qui figurent activement ou passivement dans les enregistrements ; enfin dans un dernier registre dit : *des enregistrants et des enregistrés pour charge générale dans tous les comarques* ou bureaux d'enregistrement, sont mentionnés tous ceux qui sont le sujet ou l'objet de charges provisoires.

Il suffit donc de consulter quelques registres tenus dans un ordre parfaitement méthodique, pour connaître à fond la situation de celui avec lequel on va traiter ; l'acquéreur, le prêteur qui ont usé de toutes les ressources que la loi met à leur disposition, sont à l'abri de tout danger, car aucun droit réel, aucune charge, aucun fait de nature à déprécier l'immeuble en vue duquel ils contractent ne peut leur être opposé, s'il n'a été préalablement inscrit. Veut-on savoir, dit M. Martou, si tel qui se dit propriétaire d'un droit foncier quelconque ou créancier hypothécaire possède ou non la qualité qu'il invoque ; veut-on apprendre à quelles personnes l'immeuble a successivement appartenu, dans quelle mesure il est grevé de servitudes ou d'hypothèques, quelles en sont la nature, la contenance, les limites, les productions en fruits civils ou naturels; l'un ou l'autre des livres-matrices procure la plus catégorique, la plus topique et en même temps la plus irrécusable des attestations ; hors de celle-ci, il ne peut y avoir que des prétentions chimériques ou une

possession sans valeur ni signification juridiques. En homme convaincu, M. Martou ne marchande pas les éloges à ce système; pour lui, c'est la réalisation du *beau idéal*. Pense-t-il toutefois qu'il puisse jamais être appliqué en France? Nous en doutons fort.

Le système d'écritures imaginé par M. Ferrao peut convenir à un pays de grands domaines, où les mutations immobilières sont peu fréquentes, où le sol ne change pas sans cesse de configuration, de nature, de produits. La propriété immobilière peut alors être individualisée; on peut la suivre sous les transformations successives qu'elle subit. Mais dans un pays comme la France où le sol est morcelé, où les domaines subissent continuellement le travail de décomposition et de recomposition sous l'influence d'une loi successorale qui repose sur l'égalité des partages, où la terre change si fréquemment de maître, comment individualiser la propriété immobilière? Que d'écritures! Quel pêle-mêle de mentions, de renseignements! Là où les registres peuvent être régulièrement tenus, on comprend qu'on soumette l'existence d'un droit à la condition de l'inscription préalable; mais serait-il juste d'adopter le même principe dans un pays où matériellement la régularité des livres serait impossible! Nous pensons donc que le législateur français a fait sagement de limiter l'application du principe de la publicité aux charges qui pèsent le plus lourdement sur la propriété; sans doute le mode de publicité par la transcription n'est point absolument satisfaisant; on peut lui reprocher de rendre les recherches difficiles: elles le sont d'autant plus en effet que les transmissions par décès n'étant pas transcrites, la succession des propriétaires se trouve interrompue; mais la publicité par extrait ou par inscription présente des inconvénients bien autrement graves, puisque l'existence des droits souvent les plus précieux dépend de la manière plus ou moins exacte dont l'extrait est rédigé, dont l'inscription est requise.

Si nous passons maintenant à ce qui concerne ce qu'on appelle plus spécialement le régime hypothécaire, nous nous trouvons en présence de difficultés insolubles. Personne ne songe à revenir sur le principe de la publicité admis non sans peine (les discussions préliminaires en témoignent) dans nos codes et consacré par une expérience de cinquante années;

mais on est loin d'être d'accord sur la portée qu'il convient d'y donner : les uns la veulent absolue, les autres maintiennent avec conviction les exceptions que le législateur de l'an XII a cru devoir y faire en faveur de la femme mariée, du mineur, de l'interdit. Nous serions avec les premiers si les divers systèmes qu'ils ont proposés présentaient pour les incapables des garanties suffisantes; nous avons toujours trouvé que les intérêts de ceux-là étaient sacrifiés à l'intérêt des emprunteurs. Il ne nous est pas démontré que ces intérêts soient conciliables ; or, tant que la question restera posée, comme la posait en 1804 le premier Consul, entre les capables et les incapables, nous n'hésitons pas à adopter le système qui protége le mieux ces derniers, non par un sentiment de générosité stérile, mais par des motifs d'intérêt général bien autrement puissants que ceux qu'invoquent les partisans de la publicité absolue en faveur des emprunteurs : on va le voir.

L'hypothèque légale des femmes mariées et des incapables a été critiqué au double point de la publicité et de la spécialité ; on lui a reproché d'être occulte et d'être générale. On a même été plus loin : on a voulu la supprimer, non qu'on contestât sa raison d'être, mais on la faisait céder devant ces considérations qu'elle suscitait la confusion dans les transactions et jetait le discrédit sur les fortunes les mieux assises. Aujourd'hui on ne va plus jusqu'à cette extrémité ; on reconnaît que ceux que la loi déclare incapables de veiller à leurs intérêts ont droit à sa protection, que l'hypothèque légale est la garantie nécessaire des droits des femmes mariées, des mineurs et des interdits, mais on la veut publique, on la veut spéciale. Ecoutons M. Martou : « La publicité est la base du crédit immobilier; complète, « elle permet d'apprécier avec certitude le bilan de la propriété « et donne aux transactions la sincérité pour assiette ; in- « complète, elle inspire une confiance fallacieuse et devient « un piége pour ceux qui espéraient y trouver une lumière « et une garantie. La publicité sans la spécialité porte sans « pitié le coup de grâce au propriétaire grevé ; nul ne voudra « traiter avec lui tant que les hypothèques générales, même « celles qui sont sujettes à la publicité, ne seront pas proscrites « comme des parasites envahisseurs qui végètent aux dépens « des autres et s'alimentent de leur plus pure substance, rien

« ne se fera avec efficacité pour organiser ou pour améliorer « le crédit foncier. » On veut que l'hypothèque légale se révèle par l'inscription; soit, mais on veut que l'efficacité de cette hypothèque soit subordonnée à l'inscription ; voilà ce que nous ne pouvons point admettre. S'il est reconnu que dans un intérêt moral et social les intérêts des incapables ont besoin d'être protégés par une hypothèque légale, comment, sans inconséquence, décider que cette hypothèque restera un droit inerte tant que l'inscription n'aura pas été prise ; c'est évidemment, dit M. Troplong, créer d'une main ce qu'on détruit de l'autre, c'est donner et retenir. Mieux vaut tout de suite supprimer l'hypothèque légale, comme on l'a fait en 1838 dans les Pays-Bas ; le législateur s'y est au moins montré logique ; toutes les hypothèques sont conventionnelles ; la femme doit stipuler dans son contrat de mariage une garantie hypothécaire, sans cela les immeubles de son mari restent libres. Pour le mineur, l'hypothèque dérive aussi d'un contrat ; le tuteur doit la consentir dans un acte authentique, et elle doit être inscrite sous la surveillance du subrogé tuteur; c'est le juge de paix qui, après avoir pris l'avis de la famille, évalue le chiffre des créances pupillaires et détermine sur quels biens et pour quelles sommes l'inscription doit être prise. Ou l'hypothèque légale est une garantie indispensable, et alors rendez-la efficace et ne la frappez pas de stérilité au moment même où elle prend naissance, en la soumettant à des conditions de publicité que les incapables ne peuvent remplir ; ou elle est inutile, et alors supprimez-la. D'une inconséquence, les partisans de la publicité absolue tombent dans une impossibilité, car la publicité sans la spécialité n'est rien ; il faut donc spécialiser l'hypothèque ; or, comment évaluer les créances que la femme mariée peut avoir à exercer contre son mari? A combien s'élèveront les sommes dont le tuteur, à raison de sa gestion, peut être débiteur? L'hypothèque de la femme n'a pas seulement pour objet de garantir le payement de sa dot et de ses apports ; elle garantit le remboursement des sommes qui lui proviennent de successions ou donations échues ou faites durant le mariage ; elle garantit l'indemnité qui peut être due par le mari à raison des dettes qu'elle a contractées avec lui, ou du remploi de ses propres aliénés. Est-il possible d'évaluer *a priori* pour combien tous ces faits divers imprévus,

impossibles à prévoir, constitueront la femme créancière du mari? La plupart du temps l'évaluation sera insuffisante et les droits de la femme sacrifiés.

Dans les législations étrangères qui, devançant nos Codes dans la voie de la réforme, et selon nous dépassant les bornes que la sagesse a tracées, ont appliqué à l'hypothèque légale le principe absolu de publicité et de spécialité, on a tâché de remédier aux inconvénients que signalaient les partisans du système contraire, en mettant en mouvement un grand nombre d'agents pour requérir l'inscription, en autorisant la femme à demander un supplément d'hypothèque quand un fait nouveau se produit, de nature à la rendre créancière. La loi belge du 16 décembre 1851 veut que le montant de l'hypothèque de la femme soit fixé dans le contrat de mariage; le mari doit la faire inscrire avant la célébration du mariage; elle donne à la femme, aux parents ou alliés des époux, jusqu'au troisième degré inclusivement, au juge de paix, aux magistrats du parquet, le droit de requérir inscription; au cours de l'union conjugale, la femme, avec la seule autorisation du président du tribunal, peut prendre une inscription supplémentaire sur les biens du mari, sauf à celui-ci à demander qu'elle soit restreinte aux immeubles d'une valeur suffisante pour garantir les droits en raison desquels elle a été requise. Le mineur est dans une position analogue; à l'ouverture de la tutelle le conseil de famille détermine sur quels immeubles du tuteur doit porter l'inscription du pupille et fixe la somme pour laquelle elle doit être prise; comme pour l'hypothèque de la femme, celle des mineurs peut être étendue si des circonstances nouvelles l'exigent. Le ministère public exerce une surveillance active dans l'intérêt des mineurs comme dans celui des femmes, au moyen d'un état des tutelles communiqué au parquet chaque année par les juges de paix.

Malgré ces précautions, qui témoignent que le danger n'était pas méconnu des législateurs belges, peut-on dire qu'ils aient réussi à l'éviter? Non certes; la femme sous la dépendance du mari n'en reste pas moins incapable de sauvegarder ses droits; les autres personnes que la loi charge d'y veiller pour elle sont dépourvues d'intérêt et le plus souvent hors d'état d'agir efficacement. Comment connaîtront-ils les faits nouveaux qui peuvent rendre nécessaires à la femme des garanties nouvelles?

Pour le mineur, comment les conseils de famille pourront-ils évaluer les créances pupillaires et la valeur des biens du tuteur? Comment les magistrats, quel que soit leur zèle, seront-ils à même d'exercer une surveillance efficace? Dans un tel système, les incapables ne reçoivent de la loi qu'un semblant de protection; les garanties n'existent que dans les textes, elles font défaut dans la pratique.

M. Da Silva Ferrao a-t-il mieux réussi dans son projet? Il reconnaît des hypothèques générales au profit de la femme, du mineur et de l'interdit; comme les hypothèques spéciales, elles doivent être rendues publiques par l'inscription sur le registre des charges provisoires; elles ont cela de particulier que leurs effets sont provisoires comme toutes les charges qui y sont mentionnées, elles n'en produisent de définitifs qu'après avoir été converties en hypothèques spéciales. Leur rang est déterminé par l'enregistrement du fait duquel elles dérivent; elles doivent être converties en hypothèques spéciales au moyen de l'enregistrement sur le livre-matrice de l'enregistrement foncier, dans l'année qui suit la mort du mari ou la majorité des enfants issus du mariage, pour l'hypothèque légale de la femme mariée, dans l'année qui suit la dissolution de la tutelle, pour l'hypothèque des mineurs; la conversion effectuée postérieurement ne produit d'effet qu'à partir de sa date. En tout temps les créanciers qui ont une hypothèque générale, comme les débiteurs qui en sont frappés, peuvent désigner un ou plusieurs immeubles sur lesquels l'hypothèque se trouve restreinte, sauf contestation pour excès ou insuffisance, avec faculté pour les premiers de demander un supplément de garantie si les circonstances l'exigent, pour les seconds de demander une décharge partielle s'il y a lieu. M. Da Silva Ferrao appelle la spécialité de tous ses vœux, il la provoque le plus qu'il peut; l'enregistrement de l'hypothèque légale de la femme sur des biens déterminés peut avoir lieu à la requête des dotants, des conjoints, de toutes personnes intéressées activement ou passivement, même par les créanciers des dotants et des dotés. Pour l'hypothèque légale du mineur, il dispose qu'aucun tuteur n'entrera en fonctions qu'après avoir fait inscrire sa tutelle au livre des charges provisoires. Dans l'année, le tuteur doit spécialiser l'hypothèque, contradictoirement avec le ministère public; s'il ne l'a

point fait, il doit être destitué : toutefois le mineur n'en saurait éprouver de préjudice.

Ce système est d'une simplicité théorique séduisante, mais sauvegarde-t-il les intérêts de ceux qu'il veut protéger? Il a sans doute le mérite incontestable de ne point faire dépendre l'efficacité des hypothèques légales d'une inscription que les incapables ne peuvent requérir ; mais ce point lui-même n'est pas intact dans le projet de M. Da Silva Ferrao, car l'hypothèque générale de la femme et du pupille ne résulte pas du fait même du mariage ou de la tutelle, mais de la publicité donnée à ces faits par leur inscription sur les registres spéciaux, de telle sorte que si l'inscription au registre des charges provisoires n'est point utile pour que l'hypothèque existe, toujours faut-il au moins que le mariage et la tutelle aient été inscrits sur les registres qui les concernent. Ce n'est point là notre plus grand grief, nous craignons les conséquences d'une spécialité que M. Da Silva Ferrao appelle de tous ses vœux et provoque autant qu'il est en lui; il est bien vrai que la femme, le mineur, ne sont tenus de spécialiser que dans l'année qui suit le moment où ils reçoivent ou acquièrent une capacité pleine et entière ; mais nous affirmons que le mari, le tuteur ou leurs créanciers n'attendront pas la dissolution du mariage ou l'expiration de la tutelle pour restreindre l'hypothèque qui grève leurs biens ou ceux de leurs débiteurs; c'est là sans doute ce que M. Ferrao désire, c'est là ce que nous redoutons ; car alors commence pour les incapables l'insuffisance des garanties que nous signalions dans le code belge. Tout ce que nous avons dit plus haut trouverait place ici : impossibilité d'évaluer les droits des incapables, difficulté d'apprécier les biens à hypothéquer. La femme, sans autorisation du mari, peut demander un supplément d'inscription. Elle, que nous reconnaissons incapable de prendre l'hypothèque primitive, ne le sera-t-elle moins lorsqu'il s'agira d'en demander l'extension? Cette hypothèque supplémentaire sera-t-elle prise en temps utile? Elle ne peut prendre rang qu'au jour de son inscription et n'est-il pas à craindre que les immeubles du mari ne soient depuis longtemps grevés au delà de ce qu'ils valent? Car la restriction qu'il a demandée avait vraisemblablement pour but de faciliter un emprunt.

Plus on y réfléchit, plus on est convaincu que le système du

Code Napoléon répond le mieux au but que doit se proposer toute législation sur cette matière : sauvegarder les droits des incapables, tout en respectant ceux des tiers. On prétend que le législateur de l'an XII a sacrifié l'intérêt du crédit public à la plus grande sûreté des femmes et des mineurs : on pourrait dire plus justement que ceux qui lui adressent ce reproche sacrifient les droits bien autrement sacrés des femmes et des mineurs au désir extrême de favoriser les emprunteurs et les prêteurs. D'après l'exposé du système belge et de celui que propose M. Da Silva Ferrao, on peut voir si nous avons raison de le dire. Non, le Code Napoléon et le système hypothécaire tel que l'a modifié la loi du 23 mars 1855 ne méritent pas les récriminations dont ils sont l'objet. L'hypothèque légale des femmes mariées et des mineurs est générale, et son efficacité n'est pas subordonnée à la condition préalable de l'inscription (c'est ainsi seulement que les garanties des incapables peuvent être sérieuses) ; mais l'intérêt des tiers n'est point oublié. Ces hypothèques ne doivent-elles pas être inscrites? Les maris et les tuteurs ne sont-ils pas tenus de requérir l'inscription? Ne sont-ils pas réputés stellionataires s'ils consentent une hypothèque sur leurs immeubles, sans déclarer qu'ils sont grevés d'une hypothèque légale? Les subrogés tuteurs ne sont-ils pas également tenus, sous leur responsabilité personnelle, de veiller à ce que l'inscription soit prise? Les magistrats du parquet n'ont-ils pas charge à cet effet? Enfin les parents et les amis du mari, de la femme et du mineur, ne sont-ils pas habiles aux mêmes fins? Ces hypothèques, auxquelles on reproche surtout la généralité, ne peuvent-elles pas être restreintes? Et ne voyons-nous pas tous les jours les tuteurs et les maris user de cette faculté? Les tiers n'ont-ils pas contre les éventualités de l'hypothèque légale de la femme la ressource de la faire engager conjointement avec son mari, de faire consentir par elle une cession d'antériorité ou une renonciation à son hypothèque? Ont-ils rien à craindre pour la validité de ces stipulations, depuis que la loi du 10 juillet 1850 a rendu en quelque sorte publiques les conventions matrimoniales? On objecte que ce système manque le but en le dépassant; que les tiers, n'ayant de sûreté qu'en faisant obliger la femme avec le mari, ne manquent pas de le faire. Nous répondrons d'abord

que cela n'est pas possible sous tous les régimes, ensuite que la femme mariée sous un régime qui lui permet d'aliéner ses garanties n'a besoin, pour les conserver, que de trouver en elle assez de force d'inertie pour ne point consentir : la protection de la loi s'étend sur elle, tant qu'elle ne fait rien pour la faire cesser; en un mot, qu'on nous passe la trivialité de l'expression, la femme n'a qu'à se laisser faire pour être protégée. Nous comprenons mieux le reproche qu'on adressait à notre Code avant la loi de 1855; la dispense d'inscription accordée aux hypothèques légales, disait-on, tient à l'état d'incapacité de ceux qui en jouissent; elle n'a plus lieu de subsister quand l'incapacité a disparu, et néanmoins en fait l'hypothèque continue d'être dispensée d'inscription, quoique la femme ne soit plus engagée dans les liens du mariage, que le mineur soit devenu majeur, ou qu'un tiers, jouissant d'une capacité pleine et entière, en soit devenu le bénéficiaire au moyen d'une subrogation. La loi du 23 mars 1855 a fait justice de cette critique, en disposant que la femme et le mineur seraient tenus, dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, de faire inscrire leur hypothèque sous peine de perdre le bénéfice de leur rang, et en soumettant à la formalité de l'inscription les subrogations que la femme pourrait consentir. Après ces réformes, félicitons-nous, avec l'éminent continuateur de Marcadé, félicitons-nous d'avoir résisté aux entraînements de l'exemple et d'avoir su conserver intact le principe protecteur de l'hypothèque légale, tel que l'a organisé le législateur de 1804; l'expérience dira, si elle ne l'a déjà dit, pour nous servir des expressions de M. Pont, que nous avons été plus heureux et plus sages que nos voisins.

Il nous faut cependant reconnaître que l'hypothèque légale, même avec sa généralité, est insuffisante dans bien des cas à garantir les droits des femmes mariées et des pupilles; les maris et les tuteurs n'ont pas toujours des immeubles; lorsque leur fortune est purement mobilière, la loi française est impuissante à protéger l'intérêt de la femme et du mineur. Faut-il tirer de ce fait un argument contre l'hypothèque légale, comme le font ses adversaires? Non, mais il est permis de signaler avec eux une lacune regrettable, qu'il appartient aux législateurs de nos jours de combler. L'hypothèque, dit M. Martou, ne devrait plus être qu'une sûreté subsidiaire. Elle devrait se combiner avec des cau-

tions personnelles, avec des consignations de deniers, des dépôts de titres de rentes, de créances, d'actions de tout genre, au porteur ou nominatives. Nous croyons que l'hypothèque doit rester la sûreté principale des incapables ; mais là où elle manque d'assiette, nous admettons parfaitement qu'on y substitue les garanties mobilières. Ce n'est point là d'ailleurs une question qui se rattache à la réforme hypothécaire. Sa place est bien plutôt, ainsi que le fait remarquer M. Martou, dans la révision d'autres matières du droit civil, telles que la tutelle, le mariage, le contrat de mariage ; aussi, ajoute-t-il, ai-je admis facilement et sans regret que M. Da Silva Ferrao ne s'en soit point occupé dans son projet de Code réglementaire du crédit foncier. *Non erat hic locus.*

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des hypothèques légales destinées à garantir les droits des incapables ; ce sont les seules qui soient dispensées de l'inscription ; notre Code admet encore une hypothèque générale, l'hypothèque judiciaire ; celle-là doit être rendue publique ; elle n'en a pas moins été l'objet des attaques les plus vives. On l'a critiquée dans son principe, au point de vue historique, au point de vue théorique, dans son application. M. Pont, dans son *Traité des hypothèques*, en a pris la défense, comme il a pris celle des hypothèques légales des femmes mariées et des mineurs ; dans ce langage simple, calme, précis, qui contraste si singulièrement avec le style passionné, nous allions dire batailleur [1], de celui dont il continue les travaux, il expose les attaques auxquelles l'hypothèque judiciaire a été en butte, il les repousse avec force et conviction, et, comme pour les hypothèques légales, il conclut en disant que quiconque se pénétrera bien de l'autorité qui, dans l'intérêt de la société, doit s'attacher à la chose jugée, reconnaîtra la nécessité de maintenir cette hypothèque. C'est, en effet, dans cet ordre d'idées que s'épuise l'argument décisif : Qui ne sent la nécessité d'assurer de la façon la plus complète l'exécution des décisions de la justice?

[1] « Nec tibi bellatorium hunc stylum suaserim. » Dans un article publié par la *Gazette des Tribunaux*, sur l'ouvrage dont nous parlons, M. le substitut du procureur général Sapey remarque que Marcadé ne pouvait choisir un continuateur qui fût plus digne de lui et qui lui ressemblât si peu. Rappelant les ardeurs de la polémique de Marcadé, il en rapproche heureusement le précepte de Quintilien.

Nous ne voulons point reprendre la question et la discuter à nouveau ; en principe, la cause de l'hypothèque judiciaire est gagnée, et après les trois ou quatre pages substantielles que M. Pont y a consacrées, nous serions mal venu à résumer de nouveau les arguments pour et contre. Qu'il nous suffise de dire qu'en Hollande l'hypothèque judiciaire a été supprimée; que la loi belge du 16 décembre 1851 l'a également fait disparaître ; en France, sa suppression a été un moment résolue, en 1849 ; en 1851, sur les observations des tribunaux de commerce, on s'arrêta dans la voie de la réforme ; on proposa le système des oppositions, on finit par maintenir purement et simplement le système du Code Napoléon. M. Da Silva Ferrao donne une place dans son projet à l'hypothèque judiciaire, qu'il confond avec les hypothèques légales. Les hypothèques, dit-il, proviennent des prescriptions de la loi, indépendamment de conventions ou de dispositions de dernière volonté, et sont légales ; ou elles proviennent uniquement desdites conventions ou dispositions et sont conventionnelles ; puis, énumérant les hypothèques qui dérivent de la loi, il range dans le nombre celle qui est destinée à assurer l'exécution des jugements. Cette classification nouvelle mérite l'approbation de M. Martou ; elle est, en effet, parfaitement en harmonie avec le système hypothécaire du projet, puisque l'hypothèque qui sert de sanction aux décisions judiciaires est soumise aux mêmes règles que l'hypothèque des femmes mariées, des mineurs et de tous autres. Elle est de plus parfaitement méthodique, puisque l'hypothèque judiciaire, comme l'hypothèque légale proprement dite, résulte de la loi, indépendamment de toutes conventions. A ce point de vue on pourrait donc reprocher à la loi française la triple distinction qu'elle établit ; elle se justifie pourtant par cette considération que chacune des sortes d'hypothèques étant soumise à des règles particulières, l'exposition gagne en clarté ce que la méthode perd en correction. Dans le système de M. Da Silva, l'hypothèque légale attachée aux décisions judiciaires est générale ; mais cette qualité n'est que provisoire, elle doit être spécialisée dans l'année à partir de l'époque où le jugement a acquis force de chose jugée ; elle se spécialise au moyen de saisies pratiquées sur les immeubles du débiteur de façon suffisante à garantir l'exécution des condamnations prononcées. Si la conversion ne s'est point

opérée dans ce délai, l'hypothèque perd son rang primitif et ne produit plus d'effet que du jour de la conversion.

Nous avons déjà exprimé nos idées relativement à la spécialité. Selon nous, ainsi modifiée, l'hypothèque judiciaire n'est plus une garantie suffisante de l'exécution des jugements; mais il y a plus : forcer le créancier à restreindre son hypothèque sur tel ou tel immeuble dans un délai déterminé, c'est pour ainsi dire le mettre en demeure d'exercer des poursuites contre son débiteur; la loi lui enjoint de pratiquer une saisie, uniquement dans le but de spécialiser, nous le savons bien; mais une fois l'hypothèque ainsi restreinte, l'intérêt du créancier n'est-il pas de suivre sur la saisie et de réaliser le gage? Il a tout à craindre de l'avenir; l'immeuble sur lequel seul repose la garantie de ses droits peut devenir insuffisant; il demandera alors, dit-on, un supplément d'hypothèque ; mais ne sera-t-il pas trop tard? Les autres immeubles peuvent être grevés au delà de leur valeur. Dans l'intérêt des créanciers, comme dans l'intérêt des débiteurs, l'hypothèque judiciaire générale nous paraît préférable ; nous donnons encore une fois raison à notre Code contre ses détracteurs ; il ne s'oppose pas d'ailleurs à la restriction dans certains cas ; le créancier peut en limiter les effets à son gré, le débiteur a le droit de la faire restreindre en justice; mais il y a loin de ces restrictions exceptionnelles à la spécialité forcée du projet de M. Da Silva Ferrao.

C'est beaucoup de donner au prêteur sur hypothèque la sécurité que la prudence la plus extrême peut désirer. C'est beaucoup de le fixer d'une façon indubitable sur la qualité de propriétaire de l'emprunteur dont l'immeuble va garantir la dette; c'est beaucoup de lui révéler les hypothèques qui le priment, les charges quelconques qui diminuent son gage ; c'est beaucoup de faire en sorte que les hypothèques légales, celles même qui, pour être efficaces, ne sont pas soumises à l'inscription, soient portées à sa connaissance ; c'est beaucoup, mais ce n'est point encore assez pour que le crédit foncier puisse lutter avec succès contre le crédit public ou commercial : la courte durée du prêt, la facilité du remboursement, la négociation rapide des titres, sont des avantages dont ne jouit pas le prêteur hypothécaire; ses fonds sont nécessairement engagés pour longtemps; le remboursement, s'il n'est point fait volontairement par l'emprun-

teur, devra être poursuivi à travers les lenteurs d'une procédure de saisie immobilière suivie des interminables délais d'un ordre judiciaire ; nous ne parlons ni des contestations qui ne manquent pas de se produire, des demandes en conversion, des surenchères ni des frais considérables qu'entraînent la réalisation du gage et ses incidents; nous ne parlons pas non plus des dommages qui peuvent résulter pour tout le monde d'une vente faite dans un temps inopportun ; nous ne tenons pas compte des ennuis, des tourments, de la perte de temps que cause au prêteur la nécessité d'un procès : tout cela pourtant n'est pas sans influence sur la décision de l'homme qui a des capitaux à placer. Et puis, si le créancier se trouve avoir besoin d'argent avant l'époque du remboursement, il lui faudra emprunter lui-même, hypothéquer à son tour ses immeubles, ou tout au moins, s'il trouve à transporter sa créance hypothécaire, payer les frais d'un transport notarié, accepté par le débiteur, cédé ou signifié à ce dernier. On a facilement démêlé la cause du mal; depuis longtemps on a discerné que là se trouvait l'obstacle qui arrêtait l'essor du crédit foncier ; pour rendre plus rapide et moins onéreuse la réalisation du gage immobilier, il n'y avait qu'à remanier les lois de procédure; à cet égard, les lois nouvelles en France, si elles ne sont pas satisfaisantes à tous égards, ont du moins, il faut le reconnaître, considérablement diminué les délais et les frais; la suppression de l'expertise pour déterminer les mises à prix, l'introduction heureuse de l'ordre amiable, la fixation rigoureuse des délais dans les ordres judiciaires ; voilà des innovations qui donnent satisfaction dans une large mesure à tous ceux qui veulent concilier comme nous l'intérêt du prêteur empressé de recouvrer ses fonds avec l'intérêt de l'emprunteur pour lequel une précipitation trop grande serait souvent une ruine.

Mais pour donner aux titres hypothécaires la facilité de transmission qui leur est nécessaire, on n'a pas toujours eu recours à des moyens heureux. La première tentative faite dans notre pays en ce sens remonte à la loi du 9 messidor an III. Le chapitre II, intitulé : *De l'hypothèque sur soi-même*, accorda à tout propriétaire d'immeubles ou de droits susceptibles d'hypothèques la faculté de se faire délivrer par le conservateur des hypothèques compétent une cédule dont le montant

ne pouvait être supérieur aux trois quarts de la valeur vénale des biens hypothéqués; cette, cédule dont la durée ne pouvait excéder dix années, était transmissible par voie d'endossement et valait titre exécutoire entre les mains de celui qui en était porteur. Le conservateur était garant de la valeur capitale énoncée dans la cédule. Hâtons-nous de dire que cette partie de la loi de messidor ne reçut jamais son application; elle manquait le but en le dépassant. S'il est juste de demander que l'emprunteur sur hypothèque rencontre des facilités, il est regrettable de voir le législateur aller au-devant de ses besoins, les provoquer, les faire naître avant les circonstances. Selon l'expression de M. Troplong, la propriété immobilière se trouvait mise en portefeuille. On lui ôtait ce caractère de stabilité qui fait les fortunes privées comme la fortune publique. Regrettable erreur que celle qui consiste à confondre par une fiction deux propriétés d'essence si différente, la propriété mobilière et la propriété immobilière! La nature des choses résiste à une pareille confusion, le sens pratique des peuples repousse l'application de pareilles idées qui appartiennent et doivent rester dans le domaine de l'utopie. Autre est l'idée qui préside à l'organisation de nos sociétés de crédit foncier; le titre hypothécaire devient également transmissible par endossement; mais il n'est transmissible de cette façon que de créancier à créancier et non de débiteur à créancier. La lettre de gage n'est jamais entre les mains de l'emprunteur, comme l'était la cédule hypothécaire de messidor, prête à être négociée au moindre caprice, à vil prix; elle reste entre les mains du créancier qui peut la transmettre pour en réaliser le montant sans attendre l'époque du remboursement, époque d'ailleurs indéterminée pour lui, puisque le remboursement se fait par la voie du tirage au sort.

C'est là une des données du décret du 28 février 1852; il y ajoute le remboursement par voie d'amortissement. Pour bien en comprendre le mécanisme, il importe de ne pas se méprendre sur le rôle des sociétés dites de crédit foncier, dont il autorise la formation. La société de crédit foncier, telle que l'organise le décret, ne joue qu'un rôle intermédiaire entre l'emprunteur et le prêteur sur hypothèque. Elle fournit des fonds au propriétaire immobilier qui en a besoin, elle procure des placements au capitaliste. Le propriétaire qui emprunte consent au profit de la

société, sur son immeuble, une hypothèque garantissant le payement du capital, des intérêts et des annuités qu'il s'engage à payer ; ces annuités composent un fonds d'amortissement destiné à éteindre le capital en un certain nombre d'années par la seule puissance de l'accumulation des intérêts composés ; le débiteur ne connaît que la société ; c'est envers elle seule qu'il est obligé. La société, de son côté, délivre au capitaliste une lettre de gage, productive d'intérêts, transmissible par voie d'endossement si elle est nominative, sans même cette formalité, si elle est au porteur, et remboursable avec ou sans prime, selon l'état de prospérité de la société, par la voie du tirage au sort. Ainsi, l'emprunteur va droit à la société où il est sûr de trouver les fonds dont il a besoin ; le prêteur s'adresse directement à elle ; il ne connaît qu'elle et n'a à s'occuper, ni de la surveillance de son gage, ni du recouvrement de sa créance : il a pour assurer le payement des intérêts et au besoin le remboursement du capital, la garantie générale de la société et la garantie spéciale de l'immeuble hypothéqué. Dans le fait, la société ne peut prêter que sur première hypothèque et seulement jusqu'à concurrence de la moitié de la valeur vénale de l'immeuble engagé. Elle ne peut non plus remettre des lettres de gage pour une somme supérieure aux prêts qu'elle a faits, de sorte qu'en définitive toute lettre de gage se trouve garantie par une première hypothèque affectant un immeuble d'une valeur double. Certes, cette institution semble devoir satisfaire les esprits les plus difficiles ; des titres hypothécaires au porteur ou transmissibles par endossement, des fonds toujours disponibles pour le propriétaire d'immeuble qui a besoin de crédit, un remboursement insensible par voie d'amortissement ! Malheureusement, la mise en œuvre ne tient pas toutes les promesses de la théorie ; les petits emprunteurs se trouvent écartés du bienfait du décret de 1852 par les frais trop considérables encore qu'entraîne le contrat qui intervient entre eux et la société. Ce contrat ne peut être fait que dans la forme notariée, après une estimation de l'immeuble ; comme la société ne peut prêter que sur première hypothèque, il faut le plus souvent purger l'immeuble, soit des hypothèques inscrites préexistantes, soit des hypothèques occultes ; ce sont des frais et des lenteurs considérables, quelque soin que la législation ait pris pour diminuer les uns et abréger les autres.

L'amortissement, il est vrai, rend les charges moins lourdes ; mais cela n'empêche pas qu'en définitive les annuités que paye l'emprunteur, calculées en raison du capital qu'il reçoit grossi des frais qui sont la conséquence du contrat, ne soient hors de proportion avec le capital net dont il profite, et n'excèdent souvent la plus-value qu'il a procurée à l'immeuble, en y appliquant ce capital ; car il ne dépend pas de lui de fractionner les annuités pour en diminuer le poids ; la loi ne permet pas que la durée des annuités dépasse cinquante ans. Malgré cette critique qui ne manque pas d'importance dans un pays comme le nôtre où la propriété immobilière est si divisée et où pourtant la dette hypothécaire s'élève à plus de onze milliards, nous devons nous trouver heureux de voir enfin la France dotée d'une institution qui contient les éléments de la régénération des fortunes immobilières. N'oublions pas qu'en Allemagne, en Pologne, c'est par ce procédé que la propriété foncière s'est libérée des dettes qui l'écrasaient ; pourquoi en France l'amortissement n'aurait-il pas la même efficacité ? Il suffit de le mettre à la portée des petits propriétaires.

Le Code réglementaire du crédit foncier de M. Da Silva Ferrao devait nécessairement apporter sa solution à la question qui nous occupe. Il crée des polices de crédit foncier qui ont bien quelque analogie avec les cédules de messidor, mais qui en diffèrent d'une façon notable en ce qu'elles n'ont point pour garantie le fonds lui-même, mais seulement les revenus dont il est la source. Ces polices d'ailleurs ont force exécutoire par elles-mêmes ; elles constituent même au profit de celui qui en est porteur une sorte de droit réel ; c'est en quelque sorte un démembrement du domaine utile qui passe entre ses mains. L'immeuble dont les revenus ont été ainsi l'objet d'une police, dont les revenus, selon l'expression portugaise, ont été représentés, c'est-à-dire mobilisés, ne se transmet que diminué de la part du domaine utile dont cette police est la représentation. Conformément au système de publicité absolue qui règne dans le projet de M. Ferrao, ces polices sont soumises à l'enregistrement au livre-matrice ; il en est de même des endossements successifs. Elles produisent 5 pour 100 d'intérêt annuel et une somme égale destinée à l'amortissement ; c'est du moins là le droit commun, mais il est permis aux propriétaires de droits susceptibles de

faire l'objet d'une police, de stipuler des conditions plus avantageuses, quant à l'intérêt et à l'amortissement. Elles sont délivrées par le conservateur dans une mesure que détermine le projet, c'est-à-dire pour une valeur qui ne saurait dépasser la moitié du capital représentatif des revenus de l'immeuble. Il est également nécessaire que cet immeuble ne soit pas grevé d'hypothèque légale ou conventionnelle ; s'il existe une hypothèque légale, elle doit être préalablement convertie en hypothèque spéciale ; s'il existe une hypothèque conventionnelle, il faut, pour que la police puisse être délivrée, que la valeur des revenus, déduction faite des causes de l'hypothèque, soit au moins égale au double de la somme engagée ; sinon, cette hypothèque devra préalablement être remboursée sur le produit de la police. Dans le cas où les intérêts et les annuités ne seraient pas servis régulièrement, le porteur en poursuit le payement par l'adjudication aux enchères des revenus ; il ne peut pas aller jusqu'à faire vendre le fonds lui-même, si ce n'est dans le cas où les revenus mobilisés auraient subi, par un fait fortuit ou frauduleux, une dépréciation de plus d'un tiers : M. Da Silva Ferrao a pensé que la police ne pouvant jamais excéder la moitié du capital représentatif des revenus, la vente des revenus serait la plupart du temps suffisante pour assurer le service des intérêts et le payement des annuités destinés à l'amortissement.

Ainsi, création de titres transmissibles par endossement, garantis par les revenus, application du système de l'amortissement à l'extinction de ce titre, telles sont les bases du projet du Code de crédit foncier. On peut facilement prévoir, par ce que nous avons dit de la loi de messidor, les observations critiques que nous lui adresserons. Comme la loi de messidor, il provoque l'émission de la police avant que les circonstances l'aient rendue nécessaire ; au lieu de mettre sa terre en portefeuille, selon l'expression de M. Troplong, on y met ses produits ; si le danger est moindre d'une part, en ce que la propriété du fonds n'est point menacée, il est plus grand d'autre part en ce que le principe de l'inaliénabilité même devient impuissant à protéger le propriétaire contre les tentations et les dangers de la mobilisation des revenus. Sous la loi de messidor au moins, le possesseur d'un fonds inaliénable ne pouvait se faire délivrer de cé-

dule; dans le projet portugais il ne trouve plus d'obstacles, l'inaliénabilité devient lettre morte, car s'il ne peut cesser d'être propriétaire du fonds, la police de représentation lui permet d'en détacher en quelque sorte le domaine utile. Toutefois, cette critique appliquée au projet portugais ne saurait avoir l'importance qu'elle aurait si nous l'adressions à une loi française : chez nous, l'inaliénabilité est un principe exceptionnel, protecteur des droits de la femme dotale : il faut le respecter et non point l'éluder; mais en Portugal l'inaliénabilité est un fait général qui affecte la propriété immobilière; la plupart des terres sont engagées en majorats ou chapelles. Pour M. Ferrao, l'organisation des polices garanties par les revenus n'a été qu'un moyen de rendre à la circulation les biens de main morte dans la mesure du possible. A ce point de vue nous ne pouvons qu'approuver ce projet ; d'autant plus que si le principe d'inaliénabilité se trouve éludé, il ne peut l'être que temporairement, la puissance de l'amortissement finissant toujours par faire rentrer le propriétaire dans la plénitude de sa propriété. En ne donnant d'action au porteur de la police que sur les revenus, M. Ferrao étend les bienfaits de l'inaliénabilité à celui qui n'en est pas effectivement protégé. Il empêche la ruine du débiteur d'être consommée, puisqu'en définitive la privation de ses revenus n'aura qu'un temps. Mais notre critique subsiste en ce que le débiteur monnoye ses revenus par anticipation et les émet sans besoin réel ou pressant.

La délivrance des polices nous paraît devoir entraîner des frais et des lenteurs considérables. Elle doit être précédée, dit le projet, d'un recours en justice pour la vérification des droits à mobiliser au moyen des expertises nécessaires, avec l'audition d'un curateur nommé aux intéressés incertains et celle du ministère public, après avis affichés pendant trente jours. Vient ensuite l'homologation du juge. Ainsi, une expertise ordonnée par justice, une enquête *de commodo et incommodo*, la nomination d'un curateur aux intérêts incertains, puis un jugement d'entérinement rendu sur les conclusions du ministère public; voilà les formalités par lesquelles doit passer l'emprunteur, formalités nombreuses, on le voit, et qui, certes, doivent être une lourde charge. Il y a là quelque chose d'imparfait à signaler; sans doute il faut que le titre, transmissible par voie d'endosse-

ment, et qui passe de mains en mains, inspire aux porteurs successifs assez de confiance pour qu'on l'accepte sans crainte et qu'on le transmette sans peine : aussi a-t-il besoin d'être entouré de garanties sérieuses et complètes ; mais il ne faut pas non plus que ces garanties augmentent les charges de l'emprunt de façon à le rendre trop onéreux pour les petits emprunteurs. La loi de messidor était très-sobre de formalités ; la cédule hypothécaire était délivrée par le conservateur après expertise et sous sa responsabilité ; c'était évidemment une sécurité illusoire qui était offerte au porteur de la cédule ; le projet de M. Ferrao est tombé, ce nous semble, dans l'excès contraire, il a multiplié surabondamment les garanties autour de la police de représentation ; pour remplacer la responsabilité du conservateur de la loi française, il eût pu facilement en diminuer le nombre, en plaçant entre l'emprunteur et le prêteur, comme le décret de 1852, une société de capitalistes ou de propriétaires, débitrice à l'égard du prêteur du payement des intérêts et garante de la restitution du capital, créancière à l'égard de l'emprunteur de ces mêmes intérêts et de l'annuité d'amortissement. Cette combinaison eût présenté des avantages d'autant plus certains que l'ensemble du projet de M. Da Silva Ferrao, que son système de publicité absolue des charges qui affectent la valeur vénale de l'immeuble eût permis à la société de se renseigner facilement et sûrement sur la mesure de la solvabilité de l'emprunteur et l'étendue des garanties qu'il peut offrir. D'ailleurs, M. Da Silva Ferrao n'exclut pas l'intervention des sociétés, l'article 240 du projet dit que la Banque du Portugal ou tout autre établissement ou compagnie de crédit autorisée, pourra se charger pour le compte des tireurs et endosseurs des polices du payement des intérêts et de l'amortissement. Nous aurions désiré que l'organisation d'une société intermédiaire entre le prêteur et l'emprunteur fût considérée comme un rouage nécessaire destiné à simplifier les garanties dont M. Ferrao entoure la délivrance de la police et, par conséquent, à diminuer les charges de l'emprunt.

Nous avons fini. La lecture du projet du Code de crédit foncier de M. Da Silva Ferrao a été pour nous l'occasion de repasser et de résumer les diverses critiques adressées au système hypothécaire français, à l'organisation du crédit foncier de no-

tre pays : nous nous sommes permis de penser et d'écrire que toutes ne nous semblaient point également fondées et qu'à tout prendre nos institutions étaient moins défectueuses qu'elles n'ont paru à certains esprits. On n'y trouve pas sans doute l'unité de vues qu'on rencontre dans le projet portugais; on sent qu'elles ne sont pas sorties d'un jet du cerveau du législateur; on y suit la trace des modifications successives qu'elles ont subies. Est-ce à dire qu'elles ne répondent point aux besoins du pays? Est-ce à dire qu'elles ne donnent pas dans une juste mesure satisfaction au désir ardemment exprimé par leurs critiques et par nous tout le premier de ramener les prêteurs à la propriété immobilière? Non; sauf quelques modifications de détail notre législation de crédit foncier ne nous semble pas si inférieure qu'on veut bien le dire au but que toute législation de cette nature doit se proposer. Que d'autres y désirent plus de méthode, de cohésion, d'enchaînement logique : nous, nous l'acceptons volontiers; elle a subi l'épreuve des années, elle a pénétré nos mœurs, elle ne répugne point aux modifications nouvelles qu'à certains égards l'expérience peut lui imposer : ne faisons donc pas table rase pour édifier à grand'peine une loi nouvelle dont l'utilité est contestable et dont l'expérience pourrait bien ne pas tarder à nous signaler les inconvénients.

Le Portugal n'est pas dans cette situation : entré depuis un certain nombre d'années dans une ère de rénovation, il travaille à mettre ses lois en rapport avec les idées modernes; ainsi, un nouveau Code criminel a été publié en 1852; le Code de procédure civile et criminelle promulgué en 1641 a été remanié en 1855; un Code forestier, un Code militaire, un Code civil sont à l'étude. Dans ce grand travail de législation auquel se livre le peuple portugais, l'organisation du crédit foncier, on le comprend, devait trouver une place importante, et l'homme éminent chargé par le gouvernement d'en préparer le projet devait avoir une liberté d'allure, une indépendance de conception que nous refusons à nos jurisconsultes réformateurs. M. Da Silva Ferrao a moins de ménagement à garder, que n'en avaient Tronchet, Malleville et Préameneu. Il a usé de la latitude que les circonstances lui font, en rédigeant un projet de Code sur les dernières données de la science avec une méthode irréprochable, une logique invincible. Parti du principe de la

publicité absolue des transmissions de la propriété foncière et des charges qui l'affectent, il ne recule devant ses conséquences ni en ce qui concerne les hypothèques destinées à la garantie des incapables, ni en ce qui regarde les hypothèques destinées à assurer l'exécution des décisions judiciaires.

On a vu par l'exposé sommaire que nous avons présenté, avec quels soins, par quelles minutieuses dispositions M. Da Silva Ferrao organise la publicité ; quels instruments il emploie, quels agents il fait mouvoir. Le mécanisme de la loi est aussi simple que sa théorie est pure. Nous ne sommes pas toujours d'accord avec l'auteur, mais nous ne pouvons louer assez l'unité de vue qui préside à son œuvre, l'enchaînement méthodique de ses parties, l'organisme ingénieux qui l'anime. C'est là l'impression qui nous est restée de l'étude du projet du crédit foncier portugais ; nous sommes convaincu que telle sera l'appréciation de tous ceux qui le liront.

A. Sagot-Lesage,
Docteur en droit.

DE L'ALIÉNATION

ET

DE LA PRESCRIPTION DES BIENS DE L'ÉGLISE

DANS LE DROIT DU BAS-EMPIRE ET DANS LE DROIT DES CAPITULAIRES.

Il ne reste aujourd'hui qu'un débris de ces biens ecclésiastiques qui jadis ont couvert l'Europe : les hommes d'État et les publicistes se demandent s'il faut laisser ou ravir au saint-siége ce dernier lambeau de territoire. C'est au point de vue politique qu'on examine les questions de ce genre. Mais il n'est pas sans intérêt de les examiner dans l'histoire, en écartant tout système préconçu, pour s'attacher au seul intérêt de la science. S'il est curieux d'assister à la formation du domaine de l'Église, il ne l'est pas moins d'étudier quel appui l'Église a su demander à la législation civile pour conserver son domaine.

I

Il suffit d'ouvrir le Code de Justinien pour y trouver des constitutions impériales qui prohibent ou entravent l'aliénation des biens de l'Église.

Léon, dans un rescrit, s'applique à protéger l'Église de Constantinople. Défense est faite à l'archevêque et aux administrateurs d'aliéner d'aucune manière les fonds, les colons, les serfs et les rentes de cette Église : « car de même que l'Église est la mère « immortelle de la religion et de la foi, ainsi son patrimoine « doit rester à l'abri de toute atteinte. » Quant à l'acquéreur, il perdra 1° la chose, 2° le prix, qui ne lui sera pas rendu, 3° les fruits, qu'il devra restituer. Il sera responsable sur ses propres biens de la perte qu'il aura fait subir à l'Église. Le tabellion sera banni. Néanmoins l'empereur ne prohibe pas les constitutions d'usufruit à titre onéreux, quand l'avantage est évident pour l'Église [1].

[1] L. 64, *De sacrosanctis Ecclesiis*, C., I, 2.

Anastase fit une constitution pour les églises placées sous l'autorité du métropolitain de Constantinople, et les hospices des pauvres, des étrangers, des orphelins, situés dans la même circonscription. La vente, l'hypothèque, l'échange, l'emphytéose perpétuelle des biens immobiliers leur sont interdits, à moins toutefois que le prix de la vente ou le montant de la somme empruntée ne doive acquitter une dette héréditaire ou quelque autre charge nécessaire, ou ne serve, soit au rachat de quelque objet indispensable, soit à la restauration d'un lieu consacré. L'échange n'est permis qu'au cas d'utilité manifeste et pourvu que le revenu de la chose aliénée ne dépasse pas le revenu de la chose acquise : enfin l'empereur n'autorise, en fait d'emphytéose, que celle des terres sans rapport. Un des motifs ci-dessus énumérés doit être mentionné dans l'acte. L'acte doit être passé, à Constantinople, par-devant le *magister census*, dans les provinces par-devant les défenseurs des cités, en présence de certains témoins. Enfin le consentement de l'évêque est requis. Que si toutes ces formalités ne sont pas observées, l'acheteur perd son prix et la chose, le prêteur perd la somme et la créance; l'emphytéote restitue le fonds et paye une somme équivalente au montant du préjudice que l'Église a pu souffrir. En tout cas, l'aliénation des immeubles est formellement interdite, si l'Église a des meubles en quantité suffisante pour subvenir à ses dépenses[1].

Justinien, par un rescrit, défendit d'aliéner les vases, les vêtements sacerdotaux et les objets nécessaires au culte. Déjà l'ancienne législation défendait de vendre ou d'hypothéquer les choses de droit divin. Mais désormais les acquéreurs de ces objets pourront être poursuivis par les évêques, les économes et les gardiens des vases sacrés. La restitution leur est imposée, et nulle action ne leur compétera pour le recouvrement du prix. Quand même les vases, les ornements n'existeraient plus en nature, l'Église aurait une action pour en répéter la valeur. Du reste, la prohibition cesse en temps de famine et pour le rachat des captifs. « N'est-il pas raisonnable de préférer la vie des hommes à des vases et à des vêtements[2] ? »

[1] L. 17, *De sacrosanctis Ecclesiis.*
[2] L. 21, *eod.*

Défense est faite aux chartulaires de l'Église de Constantinople de louer ou de prendre à bail emphytéotique les biens de l'Église[1]. Défense est faite, sous les peines les plus sévères, aux magistrats de Constantinople d'acquérir un immeuble de l'Église. Même prohibition pour les économes[2].

Les baux des biens ecclésiastiques ne devront pas dépasser vingt ans[3]. Les emphytéoses perpétuelles sont prohibées : le bail emphytéotique ne doit pas s'étendre au delà de deux générations après la mort du premier preneur. Enfin l'Église n'acceptera que des preneurs parfaitement solvables : l'économe est garant de leur solvabilité.

Le Code contient même des règles sur la prescription des biens de l'Église.

Cicéron avait déjà dit dans son discours De aruspicum responsis : « *Vetera fortasse loquimur, quanquam hoc si minus jure civili præscriptum est, tamen naturæ communi jure gentium sanctum est ut nihil mortales a diis immortalibus usucapere possint*; » c'est là une fort belle phrase, mais qui montre clairement que la législation romaine n'avait rien organisé sur la prescription des choses de droit divin à l'époque de Cicéron.

D'abord, nous dit Cujas[4], l'Église fut soumise aux mêmes règles que les particuliers pour la prescription. Mais Justinien vint lui donner un important privilége[5]. Les intérêts de l'Église et ceux des particuliers ne doivent pas être assujettis à des lois uniformes. Au cas d'hérédité, de legs, de fidéicommis, de donation, de vente faite aux églises, aux hospices, aux monastères, etc., la poursuite des dons et legs, etc., devait durer cent ans. L'empereur eût voulu reculer indéfiniment la limite ; mais enfin il s'est arrêté au terme le plus long de la vie des hommes.

Voilà quel était le droit du Code. Cette législation tendait à multiplier indéfiniment les biens de l'Église. Dès qu'il s'agissait d'une acquisition, toutes les voies étaient ouvertes. L'empereur encourageait les donations entre vifs ou testamentaires; il invoquait à l'appui de leur validité le droit sacré de disposer, qui

[1] L. 25, *De sacrosanctis Ecclesiis.*
[2] L. 24, *eod.*, § 2.
[3] L. 24, *eod.*, § 3.
[4] Dans son commentaire sur le titre 34 du livre VII du Code.
[5] L. 23, *De sacrosanctis Ecclesiis.*

n'est qu'un corollaire du droit de propriété[1]. Lui-même accordait aux églises priviléges sur priviléges, immunités sur immunités. Mais si l'Église songeait à se dépouiller, si l'Église voulait aliéner ses droits, des restrictions sans nombre venaient la protéger. Les acquéreurs étaient placés dans une situation inique, exceptionnelle, qui commandait le respect des prohibitions ; l'Église *devait* s'enrichir. Telle est du moins la théorie en germe dans le droit du Code. Mais ne l'oublions pas : la propriété privée languit et meurt ; les champs des particuliers sont déserts, et la misère augmente chaque jour dans l'empire. Du moins le patrimoine de l'Église est le patrimoine des pauvres, et quelques terres, souvent exemptes des charges publiques, nourriront les citoyens misérables qu'a ruinés le fisc ou l'invasion.

Le système du Code est développé dans les Novelles.

Voici la rubrique de la Novelle VII : « L'Église ne peut pas « aliéner ses immeubles, ni les donner en échange, ni les gre« ver d'hypothèques spéciales. » Justinien, dans une longue préface, expose qu'il veut statuer sur cette matière d'une manière complète et définitive. Ici comme ailleurs il substituera la lumière à l'obscurité, l'ordre au désordre. Léon ne s'occupa que de Constantinople ; Anastase lui-même fut incomplet ; d'ailleurs, même après ses propres rescrits, la législation présentait encore de regrettables lacunes : l'empereur nous donne une vue générale de ses innovations. Il entre ensuite en matière. Il ne s'agit plus seulement des diocèses de Constantinople ni même des diocèses d'Orient. La Novelle est faite pour les églises de l'Occident jusqu'à l'Océan Atlantique. Les évêques, administrateurs et abbés ne pourront aliéner ni grever d'hypothèques spéciales les immeubles des établissements publics et des églises. Par *aliénation*, l'empereur entend les contrats de vente, de donation, d'échange et d'emphytéose perpétuelle. Du reste le rescrit de Léon est confirmé dans toutes les dispositions qui ne sont pas contraires à la présente constitution. Néanmoins, dans l'intérêt bien entendu de l'Église et du prince, on pourra déroger à la règle d'inaliénabilité. Nul ne pourra se porter acquéreur des biens de l'Eglise à titre onéreux ou gratuit, excepté l'empereur. Mais l'Eglise peut en être assurée d'avance, elle ne perdra jamais au

[1] L. 1, *De sacrosanctis Ecclesiis.*

marché. D'ailleurs quoi de plus légitime que cette exception? L'Église et l'État, le sacerdoce et l'empire ne sont-ils pas unis entre eux par des liens étroits? Y a-t-il une si grande différence entre les choses sacrées et les choses publiques? Mais le principe d'inaliénabilité souffre quelques tempéraments. Si l'emphytéose perpétuelle est prohibée, la temporaire est permise; elle peut être constituée pour toute la vie du preneur primitif et de deux autres personnes, qui doivent être des descendants. L'emphytéote ne pourra jamais être déchargé de plus d'un sixième de la redevance. Justinien s'occupe ensuite des constitutions d'usufruit : il exige l'abandon de la propriété d'un immeuble, en raison de la constitution d'usufruit; mais il permet qu'on laisse la jouissance viagère de cet immeuble à l'usufruitier. Enfin l'hypothèque générale est permise, quand l'Église ne peut pas emprunter à d'autres conditions. Toutes les prohibitions sont minutieusement sanctionnées. Au cas de vente, l'acheteur perd son prix, rend la chose avec les améliorations et ne conserve aucune action contre l'Église; mais il aura son recours contre l'économe ou contre tout autre vendeur. De cette façon la sanction sera complète. Quant au donataire, il devra rendre non-seulement la chose donnée, mais encore une chose équivalente sur ses propres biens. Dans le contrat d'échange, l'acquéreur sera dépouillé de l'immeuble aliéné par l'Église, et ne rentrera pas dans son ancien immeuble; mais il aura son recours sur les biens personnels de l'économe. Le preneur à bail emphytéotique perpétuel sera déchu de son droit; tout ce qu'il aura payé sera irrévocablement acquis à l'Eglise; il devra solder tout ce qui resterait à sa charge, si l'emphytéose avait été régulièrement constituée. Défense est faite aux tabellions de prêter leur ministère à ces actes, sous peine de bannissement perpétuel; défense aux juges de les homologuer, sous peine de destitution et de confiscation. Mais on ne manquera pas de venir arracher par des obsessions quelque permission spéciale à l'empereur. Cette permission est considérée d'avance comme non avenue. Les lois générales doivent s'exécuter plutôt qu'une concession particulière qui vient déranger toute l'économie de la législation.

La Novelle VII était conçue dans un esprit tout favorable à l'Eglise. Mais il est un intérêt que les empereurs ménagent avec

plus de soin, celui du fisc. La Novelle XLVI vient corriger la Novelle VII au point de vue des intérêts fiscaux. L'Église peut avoir des dettes envers l'État. Dans ce cas, s'il est bien prouvé qu'elle ne peut s'acquitter d'une autre manière, qu'elle vende ses immeubles; l'acheteur payera son prix aux percepteurs et n'aura pas à craindre une action en revendication. Cependant comme il serait trop extraordinaire de donner au fisc un pareil privilége sans rien faire pour les autres créanciers, Justinien décide que les églises pourront s'acquitter de leurs dettes, en abandonnant à leurs créanciers des possessions immobilières. Quant au fisc, il ne peut recevoir que de l'argent. Du reste, cette Novelle n'est pas applicable à l'église de Constantinople.

Une nouvelle dérogation fut apportée par la Novelle LVI à la Novelle VII, sur les échanges réciproques d'immeubles que les églises pouvaient désormais consentir entre elles. L'empereur dévoue à la colère divine ceux qui feront ces échanges sans utilité. Cette Novelle n'est pas applicable à l'église de Constantinople.

Comme Justinien (Novelle VII) avait autorisé le contrat d'échange entre l'Église et la maison de l'empereur, les favoris et les courtisans virent là une occasion de s'enrichir aux dépens de l'Église, en provoquant des échanges et en se faisant ensuite concéder les immeubles acquis par le prince. Justinien y mit ordre dans la Novelle LV : « *Sancimus illas solas valere permutationes quæ ad imperialem domum in hoc factæ sunt ut perpetuo apud imperium maneant et non transferantur ad privatum.* » Autrement le contrat est nul et l'action en revendication de l'Église est imprescriptible.

La Novelle LIV autorisait le contrat d'échange entre églises; la Novelle LV autorise dans son deuxième chapitre le contrat d'emphytéose perpétuelle entre églises. Ce n'est pas là une aliénation à proprement parler. Il n'y a pas *des églises;* il n'y a qu'un seul troupeau, qu'un seul patrimoine, qu'une seule Église. Néanmoins, ce chapitre n'est pas applicable à l'église de Constantinople.

La Novelle CXX résume et complète toute la législation sur cette matière. Les cinq premiers chapitres de cette Novelle sont consacrés à l'église de Constantinople. Nous y remarquons les dispositions suivantes : 1° quand une emphytéose constituée par

une église arrive ultérieurement au prince, à une ville, à une autre église, l'église propriétaire a deux ans pour maintenir ou résilier le contrat ; 2° l'emphytéose perpétuelle est exceptionnellement autorisée *in his locis in quibus antiquæ habitationes depositæ sunt et ex quibus nullus præbetur reditus ;* 3° les baux des biens ecclésiastiques ne pourront excéder trente ans ; 4° dans le cas d'urgente nécessité, les administrateurs pourront grever d'une hypothèque spéciale les biens d'une église : les intérêts de la dette hypothécaire ne devront pas dépasser 3 pour 100 ; les administrateurs des établissements religieux ne pourront prendre à bail emphytéotique ni louer pour leur compte les biens de ces établissements, sous peine de confiscation générale à leur mort et de nullité du contrat. Le chapitre VI est intitulé : « Du patrimoine des autres églises. » La plupart des règles ci-dessus exposées leur sont applicables. Néanmoins, 1° le contrat d'emphytéose perpétuelle leur est définitivement permis, sauf quelques restrictions ; 2° l'église débitrice ne veut peut-être pas donner son immeuble en nantissement à son créancier ; alors, après une constatation solennelle de la dette, on apposera les affiches pendant vingt jours dans un lieu public : un immeuble désigné sera vendu aux enchères, et le montant du prix versé entre les mains du créancier ; 3° quand un prêt sera fait à un évêque ou à un administrateur, il sera, jusqu'à preuve du contraire, présumé fait dans l'intérêt de l'évêque ou de l'administrateur ; on n'aura d'action contre l'église qu'autant qu'il sera prouvé que le *mutuum* a tourné à son profit ; 4° le contrat d'échange entre églises est autorisé ; 5° les immeubles provenant de la munificence impériale ne pourront être aliénés sous aucun prétexte ; 6° si quelque église, autre que celle de Constantinople, possède un fonds improductif et grevé outre mesure de charges fiscales, les administrateurs pourront l'aliéner comme bon leur semblera pour la parfaite sécurité de cette église ; 7° les vases sacrés hors de service devront être aliénés plutôt que les immeubles.

Nous arrivons aux questions de prescription.

La Novelle IX étend à l'Eglise de Rome et aux Eglises d'Occident le privilége de la prescription de cent ans : « car enfin, Rome n'est pas seulement le berceau des lois ; c'est encore, aux yeux des chrétiens, le siége immortel du pontificat suprême. »

Mais dans la Novelle CXI, Justinien vient dire que l'expérience dément souvent les prévisions. On a reconnu des inconvénients à cette prescription qui n'en finit pas : « *Per tantum seculi magis quam temporis spatium, nec documentis integritas, nec actis fides, nec ætas valet testibus suffragari.* » A la prescription de cent ans, Justinien substitue la prescription de quarante années. Le chapitre VI de la Novelle CXXVI contient la règle nouvelle en termes précis, ce qui est rare dans le droit des Novelles.

Nous avons suivi l'ordre chronologique dans cet exposé : c'était le plus sûr moyen de montrer la triste mobilité de cette législation du Bas-Empire. Mais un enseignement sort de cette étude : le fait qui saute aux yeux, c'est la puissance de l'Église. C'est l'Église qui dicte, modifie et renouvelle sans cesse ces lois. Le patrimoine des cités tend chaque jour à disparaître : l'Église, au contraire, concentre chaque jour entre ses mains des propriétés nouvelles. On peut déjà prévoir le temps où elle prendra dans la société du moyen âge une place plus grande encore : elle-même alors fera sa loi, comme elle-même l'interprétera.

II

Le système de l'Église est clair : faciliter les acquisitions, entraver les aliénations par tous les moyens possibles. Le législateur du Bas-Empire, inspiré par les évêques, entrait dans ces vues : les rois barbares ne furent pas moins dociles. Partout où triompha l'Eglise, elle maintint ses traditions, et marcha dans la route ouverte avec une persévérance invincible.

Dagobert est le législateur de la dynastie mérovingienne. Nous trouvons deux capitulaires de ce prince relatifs à l'aliénation des biens des églises. L'un de ces capitulaires est tiré de la loi des Allemands : « *Res Ecclesiæ de laïcis absque charta nullus præsumat possidere ; et si chartam non ostenderit, quod comparasset a pastore Ecclesiæ, possessio semper ad Ecclesiam pertineat.* » Dans cette période d'invasions, les anciens habitants des forêts de la Germanie n'avaient qu'un médiocre respect pour les propriétés d'autrui. Mais les terres de l'Église n'étaient pas *terres conquises*. L'Église était conquérante, alors que tout pliait autour d'elle. Dagobert exige donc des possesseurs la preuve de leur acquisition.

Dans un autre capitulaire, le roi prohibe tous les modes d'aliénation, sauf le contrat d'échange ; encore exige-t-il une preuve écrite de ce contrat : « Que nul prêtre, que nul pasteur n'aliène une terre de l'Église, si ce n'est contre une autre terre, ni un esclave, si ce n'est contre un autre esclave. Et s'il a fait l'échange (*concambium*) de l'esclave ou de la terre, qu'on en dresse un écrit pour éviter des procès et l'injuste dépossession de l'Église. »

Cependant, la loi des Lombards se montrait moins favorable à l'Église; elle lui retire le bénéfice de la prescription de quarante ans, toutes les fois que l'affaire se débattait entre un Lombard et l'Église; Charlemagne modifia sur ce point la loi des Lombards et rétablit l'ancienne prescription. La loi des Bavarois, comme la loi des Allemands, déclarait que l'Église pouvait bien concéder à titre de fief, mais non pas aliéner les choses qu'elle avait acquises.

Un capitulaire de Charlemagne vint défendre positivement d'opposer aux établissements religieux la prescription de dix ans, de vingt ans ou de trente ans.

Le XXIX[e] capitulaire du second livre traite tout au long de l'inaliénabilité des biens ecclésiastiques : « *Nulla sub Romana ditione constituta Ecclesia, vel xenodochium, ptochotrophium, vel nosocomium, vel gerontocomium, vel brephotrophium, vel monasterium contra hæc agere præsumat. Ergo his omnibus non liceat alienare rem immobilem, sive domum, sive agrum, sive hortum, sive rusticum mancipium, vel panes civiles, neque creditoribus specialis hypothecæ titulo obligare. Alienationis autem verbum contineat venditionem, donationem, permutationem et emphyteoseos perpetuum contractum. Sed omnes omnino sacerdotes ab hujusmodi alienationibus se abstineant, pœnas timentes quas Leoniana constitutio minatur.* » Ici vient une énumération des peines dont Charlemagne menace les infracteurs de la loi, reproduite de la loi 54 C., *De sacrosanctis Ecclesiis*. Du reste, le capitulaire tout entier ne fait que répéter les prescriptions de la loi romaine. Le capitulaire XXX contient une exception au principe du capitulaire XXIX, copiée dans les textes du Bas-Empire. Si le prince veut recevoir un immeuble de l'Église en échange d'un de ses immeubles, *liceat hoc facere ei divina pragmatica sanctione ab eo promulgata.*

Citons encore trois capitulaires de Charlemagne. Le premier,

de l'an 803, défend sous des peines très-graves de revendiquer auprès du roi les biens de l'Église. Le second déclare que les donations faites aux églises leur sont irrévocablement acquises : « car il est impossible de laisser les puissances de l'ordre spirituel soumises aux caprices des puissances de l'ordre temporel. » Le troisième défend aux ministres du culte placés à un rang inférieur dans la hiérarchie de consentir des aliénations ou des hypothèques sans l'autorisation de leurs évêques.

Nous avons un chapitre de *l'Esprit des Lois*, concis, dogmatique et sentencieux, où l'auteur jette un rapide coup d'œil sur ces donations sans nombre, sur ces mesures de protection réitérées et sur l'état général des richesses du clergé dans le royaume. Nous venons de voir en effet des capitulaires favorables au clergé; mais les ordonnances du roi n'étaient pas toujours suivies à la lettre : « *Excitor imprimis querelis sacerdotum et servorum Dei*, disait Pépin, *qui me sæpius adierunt ut pro sublatis injuste patrimoniis*, etc. » Pépin se posait en vengeur des spoliations : mais qui mieux que son père avait dépouillé les églises? « *Karolus, plurimum juri ecclesiastico detrahens, prædia fisco sociavit, ac deinde militibus dispertivit* [1]. » Montesquieu dit donc à ce propos : « Le clergé recevait tant qu'il faut que dans les trois races on lui ait donné tous les biens du royaume. Mais si les rois, la noblesse et le peuple trouvèrent le moyen de leur donner tous leurs biens, ils ne trouvèrent pas moins celui de les leur ôter. » La première proposition vise au paradoxe ; mais la seconde semble d'une justesse parfaite. On comprend désormais le sens de tous ces capitulaires qui viennent mettre de nouvelles entraves à l'aliénation des biens de l'Église. Ces ordonnances protégeaient les biens du clergé ; les envahisseurs ne pouvaient pas se prévaloir d'une concession qu'ils auraient arrachée par intimidation : ils n'avaient pas d'autre ressource que la violence ouverte. L'usurpation en était plus facile à reconnaître et à réparer. Après la mort de Charlemagne, le nombre des capitulaires qui prohibent l'aliénation des biens de l'Église va toujours croissant.

Sous Charles le Chauve, les évêques se plaignirent énergiquement des usurpations des grands : « La colère divine est suspendue sur vos têtes ; les biens de l'Église que les rois et les autres chrétiens ont destinés au soulagement des pauvres, au

[1] *Ex chron. Centul.*, 2.

rachat des captifs, à la restauration des temples de Dieu sont maintenant aux mains des enfants du siècle. Les serviteurs de Dieu n'ont plus ni vêtement ni nourriture ; les pauvres ne reçoivent plus l'aumône accoutumée, les captifs gémissent dans les fers... Certes, qui l'oserait nier ? Les biens de l'Église, c'est le vœu des fidèles, c'est le patrimoine des pauvres, c'est la rédemption des âmes. Comment donc osez-vous ravir ce que votre prochain a voué à Dieu, vous approprier ce qu'il a donné aux pauvres [1] ? » Peu de temps après, un synode réuni à Beauvais faisait entendre les mêmes plaintes : ce synode fut suivi d'un capitulaire de Charles le Chauve (845). L'article 1er commande le respect du droit ecclésiastique ; l'article 3 ordonne la restitution des objets enlevés aux églises ; l'article 5 défend de soumettre les églises à des charges injustes ; l'article 6 ordonne que l'Église soit à l'abri des envahissements, et l'article 7 confirme les priviléges de l'Église. Il fallait que l'Église fût bien maltraitée.

Nous trouvons en l'an 873 un capitulaire important de Charles le Chauve, qui montre aussi bien l'état du domaine royal que l'état des biens de l'Église à cette époque : « Ce monde est gouverné par deux puissances, dit le roi, le trône et l'Église. *Res et mancipia Ecclesiarum eo modo contineantur sicut res ad fiscum dominicum pertinentes contineri solent.* » Le capitulaire développe cette idée. A toutes les demandes du fisc et de l'Église, les possesseurs opposaient invariablement cette réponse, que l'immeuble leur avait été transmis par succession : « Mais, dit le roi, votre auteur peut très-bien s'être emparé par violence ou par fraude des immeubles du fisc ou de l'Église. » Les possesseurs s'appuyaient sur un capitulaire de Charlemagne, qui disait que l'*hérédité légitime* dispensait de toute autre preuve. A quoi le roi réplique que l'hérédité légitime est dans le langage de ce capitulaire l'hérédité *quæ evenire legitime debuit*. Mais le capitulaire fut-il observé ?

En 877, Charles le Chauve confirme, dans un autre capitulaire, les dons faits à l'Église et les déclare irrévocables. Il menace de sa colère les envahisseurs des biens des monastères et croit même devoir protéger les immeubles de l'Église contre les usurpations des gens d'Église. Louis le Bègue, deux ans après,

[1] *Canones concilii in verno palatio habiti.*

ordonna aux *rectores ecclesiarum* de posséder les biens de l'Église *sine ulla contradictione*. L'ordre fut sans doute observé, mais là seulement où l'Église était la plus forte.

Plus l'Eglise était exposée, plus le principe d'inaliénabilité fut hautement proclamé. La première année de son règne, l'empereur Lothaire, à propos des *precaria quæ a rectoribus Ecclesiarum irrationabiliter fiebant*, déclare que les successeurs de ces administrateurs imprudents ne seront pas tenus au respect du contrat. De même pour les emphytéoses des biens de l'Église imprudemment consenties par les évêques. Un capitulaire de Louis le Germanique est encore plus explicite : « *Quidam autem episcopi et rectores monasteriorum res Ecclesiarum suarum subtractas et aliis personis largitas esse queruntur, et ideo ecclesiasticas utilitates nequaquam se implere posse dicunt ; quæ ut restituantur regiam majestatem imploramus ; quia si hi qui eas pro animarum suarum remedio Ecclesiis contulerunt, præmium merentur, sine dubio damnatione digni sunt qui eas subtrahere moliuntur.* »

La tradition ne se perdit pas en Allemagne. Nous trouvons au second volume des monuments historiques de la Germanie une longue constitution de l'empereur Frédéric Ier, faite à la requête de l'archevêque de Cologne, avec cette rubrique : « *Sententia de bonis mensæ episcopalis non alienandis* » (1153). La constitution de l'empereur Henri VI, en avril 1191, est conçue en termes encore plus généraux : « Entouré des princes et des grands de notre empire, et de leur consentement, nous avons décidé que nul évêque ou abbé ne pourrait aliéner les biens de l'Église qu'il tient en sa dépendance : que s'il passe outre, l'aliénation peut et doit être révoquée par son successeur. » Enfin, en septembre 1219, une constitution de Frédéric II annule les aliénations et hypothèques consenties par l'archevêque de Brême. Ces trois citations suffisent pour montrer que la législation ne changea pas en Allemagne.

ARTHUR DESJARDINS,
Docteur en droit et ès lettres,
substitut du procureur impérial à Toulon.

BIBLIOGRAPHIE.

Le chancelier d'Aguesseau, sa conduite, ses idées politiques et son influence sur le mouvement des esprits pendant la première moitié du dix-huitième siècle, avec des documents nouveaux, et plusieurs ouvrages inédits du chancelier, par M. FRANCIS MONNIER, professeur au collége Rollin. — Paris, Didier et Cie, quai des Augustins, 35; 1 vol. in-8°; prix, 7 francs.

L'ancienne magistrature française, qui a laissé de si grands et de si honorables souvenirs, a eu, en quelque sorte, sa dernière expression dans le chancelier d'Aguesseau. Tout le monde connaît sa carrière politique et judiciaire, tout le monde a lu ses plaidoyers et ses mercuriales, dont la solennité un peu apprêtée semble une transition entre la diction plus simple de nos bons écrivains du dix-septième siècle, et le style déclamatoire de Thomas[1]. Et cependant, malgré tout ce qui a été écrit sur le chancelier depuis Saint-Simon jusqu'à nos contemporains, il restait encore une double tâche à remplir. Il y avait d'abord à le faire descendre un moment de son piédestal, non pour le rabaisser, mais pour nous le faire mieux apprécier, à nous le montrer au château de Fresnes, dépouillant la toge et pratiquant avec une aimable douceur les vertus de famille. Il y avait ensuite à établir le véritable rôle de d'Aguesseau comme législateur, à faire voir en lui l'auteur, non plus seulement comme on le croit généralement, de mesures législatives partielles, mais d'un plan de réforme générale de nos lois, les ordonnances qu'il a promulguées n'étant dans sa pensée que les premières pierres d'un nouvel édifice. C'est cette double tâche que vient de remplir, d'une manière distinguée, à l'aide, soit des publications les plus récentes, soit de documents inédits, M. Francis Monnier, professeur au collége Rollin. Cette institution, où de fortes études s'unissent à un régime tout paternel, doit être fière aujourd'hui de compter au nombre de ses maîtres l'auteur d'un livre des-

[1] Ce style déclamatoire s'est exercé sur d'Aguesseau lui-même, que Thomas, dans son *Panégyrique* de 1760, compare à Platon, à Décius, à Newton, à l'Etre suprême !

tiné à marquer dans la science. Cette œuvre n'est point éclose en serre chaude, comme beaucoup de productions contemporaines; elle est le fruit du labeur assidu de longues années. Déjà encouragé par l'Académie des sciences morales et politiques, qui a entendu la lecture d'une partie de cet excellent livre, M. Monnier s'adresse aujourd'hui au public tout entier, à tous les amis des études historiques et législatives, et sa persévérance, nous n'en doutons pas, sera couronnée d'un succès aussi légitime que durable.

L'ouvrage de M. Monnier est si riche en renseignements souvent neufs et toujours pleins d'intérêt, qu'il ne nous est point possible de le suivre dans tous les détails où il est entré, sans jamais tomber toutefois dans l'abus de la prolixité. Mais, pour faire ressortir ce qu'il y a de plus saillant dans ce travail, nous allons l'examiner sous trois points de vue. Nous avons déjà signalé le premier et le second : d'Aguesseau dans la vie privée, et d'Aguesseau législateur. Nous nous proposons, en troisième lieu, de soumettre à une critique impartiale les appréciations de l'auteur sur le rôle politique de d'Aguesseau.

Le chancelier a toujous été estimé et respecté. Mais depuis la publication de ses lettres inédites, par M. Ribes [1], une douce nuance de vertu familière est venue tempérer ce qu'il y avait d'un peu austère dans la physionomie du vieux jurisconsulte. « Un rideau était tiré, dit M. Monnier, sur l'intérieur de cette famille, asile des vertus et du travail. M. Ribes l'a ouvert en publiant son ouvrage, et l'histoire comme la littérature lui en doivent une très-sincère reconnaissance. » Il y avait là une veine féconde que M. Monnier a su habilement exploiter.

Moins sévère que le père Lacordaire, qui n'a reproché à Ozanam qu'un seul tort, celui de s'être marié [2], nous aimons à voir d'Aguesseau faire trêve aux sérieux travaux de la vie parlementaire, pour épouser la charmante M^lle^ d'Ormesson, âgée de dix-sept ans. Il écrivait à l'un de ses amis : « Je crois qu'on peut

[1] Cette publication a été faite en 1823 sous les auspices de M. le comte de Peyronnet, garde des sceaux.

[2] « Il y eut un *piége* qu'Ozanam n'évita point. Dès qu'il fut heureux, il voulut donner son bonheur et augmenter le sien en le partageant.» (Frédéric Ozanam, par le père Lacordaire, *Correspondant*, nouvelle série, t. I^er^, p. 231.)

être heureux dans la solitude avec une femme aimable et des livres. » Nous pensons faire plaisir à nos lecteurs en citant le passage où M. Monnier reproduit les traits de celle qui devait être la chancelière, d'après le portrait qui orne le salon de M. le comte Ségur d'Aguesseau, son descendant :

« Mlle d'Ormesson était d'une taille ordinaire, avec un air réservé et un mélange de simplicité et de dignité dans ses manières. Elle avait les traits fins, la figure ovale, le front élevé, les sourcils bien arrondis, un nez romain finement dessiné, les lèvres bien arquées et roses, les dents petites et blanches, le teint clair, peu de cheveux, mais d'un brun foncé, qui ondulaient sur son front et laissaient retomber quelques boucles échappées sur son cou, les yeux assez petits, mais noirs, intelligents, expressifs, et qui, joints à l'ombre de ses cheveux, formaient un contraste agréable avec la blancheur rose de son teint. Ses épaules effacées et larges faisaient ressortir la légèreté d'une taille svelte, souple, longue, étroitement comprimée. »

Les qualités morales s'unissaient à la grâce chez Mme d'Aguesseau.

« Quand elle écrivait sa pensée, dit encore M. Monnier, elle lui donnait un tour précis, spirituel, avec une certaine tendance à l'ironie. Elle était vraiment religieuse, et faisait beaucoup de bien aux pauvres, mais en secret, unissant ainsi les nobles sentiments d'une chrétienne à la pudeur et à la décence d'une femme distinguée. »

Une compagne aussi heureusement choisie compléta l'existence de d'Aguesseau. Grâce à elle, grâce aux goûts littéraires et philosophiques du chancelier, il fut plus heureux peut-être dans sa terre de Fresnes, lors de ses deux exils de 1718 à 1720, et de 1722 à 1727, que lorsqu'il portait la toge du procureur général ou la simarre du garde des sceaux. « La bonté et la douceur de sa physionomie, dit Mme de La Tournelle, sa petite-fille, rendait son abord aussi facile qu'attrayant. Il avait le secret de rendre aimables ceux qui se trouvaient avec lui. Il savait les mettre en valeur, développer, corriger leur pensée et leur prêter, en quelque sorte, son esprit... Père tendre et indulgent, aimant à connaître ses enfants et à s'attirer leur confiance, se proportionnant à leur âge, se prêtant à leur caractère, les guidant sans qu'ils s'en aperçussent, il assaisonnait ses avis

de tant de douceur et de tant de ménagements, qu'il persuadait toujours sans même avoir besoin de son autorité. »

Hôte de Racine le jeune, à Fresnes, d'Aguesseau aimait beaucoup la littérature. Il avait une prodigieuse mémoire, dont il fit bien preuve un jour, en répétant en entier, au grand étonnement du poëte, une épître que Boileau venait de lui lire après l'avoir composée. Il faisait lui-même des vers de société, dont l'ouvrage que nous analysons donne des échantillons assez curieux. M. Sainte-Beuve a bien voulu les qualifier de *jolis*. Ils nous semblent un peu prosaïques, aujourd'hui que tout le monde, y compris les coiffeurs et les boulangers, fait ou croit faire d'assez bons vers ; mais il faut se reporter au dernier siècle, et reconnaître que la facture de d'Aguesseau, sans être irréprochable, n'est pas plus mauvaise que celle de beaucoup de poésies de Voltaire, même dans ce déplorable poëme antinational, qui, impiété à part, n'aurait qu'un succès médiocre s'il était publié de nos jours. En somme, l'appréciation la plus juste des pièces de vers du chancelier consiste à dire, avec M. Monnier, qu'échos d'une conversation spirituelle, ou peinture légère d'un incident imprévu, elles étaient écrites pour égayer une seconde fois une réunion d'intimes, prolonger un accès de gaieté, et retomber ensuite avec lui. D'Aguesseau était musicien, talent moins rare qu'on ne le croit chez les jurisconsultes [1]. Il ne chantait pas mal, et même de la musique légère, qu'il retenait comme s'il n'eût eu rien de mieux à faire, disait M^me^ de Sévigné. Ses amis lui reconnaissaient un vrai talent pour trouver des airs et mettre des paroles en musique.

L'emploi le plus sérieux des loisirs du chancelier à la campagne, ce fut sa polémique avec son ami M. de Valincourt, sceptique à la manière de Pascal, polémique qui donna naissance aux *Méditations métaphysiques*, où, sage disciple de Descartes, d'Aguesseau prend la défense de la raison attaquée de son temps, comme de nos jours, par des esprits aussi étroits qu'exclusifs.

[1] On a remarqué l'article de M. Troplong sur Glück, dans la *Revue européenne*, et le *Dictionnaire des contemporains* a appris au public que notre savant collègue, M. Valette, a été, dès l'âge de neuf ans, un brillant élève du Conservatoire. Il est vrai que Pothier, d'après le témoignage de l'avocat du roi Le Trosne, dans son *Eloge historique*, avait la voix la plus fausse qui se puisse entendre.

On croirait vraiment qu'il a en vue certains de nos contemporains, lorsqu'il nous dit : « La véritable religion n'a pas besoin de supposer dans ses adversaires ou dans ses émules des défauts qui n'y sont pas. » M. Monnier expose avec une remarquable lucidité les doctrines métaphysiques et morales des *Méditations;* il est cependant un point sur lequel nous ne pouvons partager son opinion.

« De même que pour prouver l'évidence, dit-il, il admet qu'elle est Dieu, argument qui conduit droit au panthéisme ; de même il établit que la loi est Dieu, en ce sens qu'elle se confond avec la substance divine, au lieu de dire qu'elle est d'origine divine, mais qu'elle découle de la notion de la justice, faculté intégrante de notre âme, et d'où naissent alors des droits et des devoirs. »

Il nous est impossible de comprendre comment il y a panthéisme à dire que Dieu est la justice, que Dieu est la vérité, langage que l'on retrouve chez les philosophes et les théologiens les plus éloignés du spinosisme. A ce compte, il faudrait, à bien plus juste titre, accuser de panthéisme saint Paul, lorsqu'il disait devant l'Aréopage : « C'est en Dieu qu'est notre vie, notre mouvement et notre existence. » Car ce qui se détache le plus nettement de la substance divine, c'est la vie individuelle; ce qui s'en approche le plus, ce sont les grandes lois métaphysiques et morales, qui ne sont évidemment dans le temps que parce qu'elles sont dans l'éternité. Ce sont là des questions trop délicates pour pouvoir être ainsi tranchées en passant. Il faut y regarder à deux fois avant d'articuler contre un esprit de cette trempe le reproche un peu banal de panthéisme.

Il est temps de suivre M. Monnier sur son véritable terrain, d'arriver à la partie la plus neuve de son livre, à celle qui lui a coûté le plus de veilles, à d'Aguesseau législateur. Jusqu'ici, les plaidoyers, les mercuriales du magistrat avaient absorbé trop exclusivement l'attention de la postérité, et fait oublier les œuvres législatives du chancelier. Sa famille elle-même avait contribué à cette préoccupation générale, puisque dans la première édition des œuvres de d'Aguesseau, publiée par son fils, de 1759 à 1789, ses plans de réforme sont complétement passés sous silence. Ce fut M. Pardessus qui publia, pour la première fois, en 1819, le *Mémoire sur la réformation générale*

de la justice. Il était réservé à M. Monnier de tirer de la poussière de la Bibliothèque impériale les *Mémoires* plus précieux encore *sur la réforme de la législation*. On savait bien que les ordonnances de d'Aguesseau, ainsi que l'indique suffisamment le préambule souvent cité de l'ordonnance sur les donations, se rattachaient à un plan général de réforme du droit civil. Mais on ignorait et la sollicitude avec laquelle il travaillait à cette réforme, et les obstacles indépendants de sa volonté qui l'empêchèrent d'aboutir à autre chose qu'à des résultats partiels. Voilà comment s'exprime à ce sujet M. Sainte-Beuve, en rendant compte d'une publication antérieure sur d'Aguesseau[1]. « On s'accorde à dire qu'il est loin d'avoir réalisé en législation tout ce qu'il concevait d'utile, et qu'on aurait pu naturellement attendre de sa haute capacité et de ses lumières. Sa circonspection autant que son humanité se refusait à toute réforme un peu décisive, qui aurait profondément changé la condition des choses et celle des personnes. La responsabilité attachée à toute innovation l'effrayait. » Nous allons voir que cette appréciation n'est plus en harmonie avec l'état actuel de la science. Ce qui est resté vrai, sans doute, c'est que la renommée oratoire de d'Aguesseau a beaucoup perdu de nos jours. « Quand on relit aujourd'hui, dit encore M. Sainte-Beuve, les morceaux qui nous sont donnés pour les plus éloquents; quand on relit ces *Mercuriales* tant vantées, on ne peut y rien voir que l'exercice d'un talent distingué, sachant se servir habilement d'une rhétorique heureuse. » En revanche, et c'est peut-être, après tout, la meilleure part de gloire, le chancelier doit aux révélations de M. Monnier d'être classé actuellement parmi les hommes d'avenir, qui ont préparé le mouvement législatif de 1789, en ce qu'il avait de fécond et de vraiment providentiel. Dans cette partie trop ignorée de ses œuvres, nous ne trouvons plus cette rhétorique pompeuse, faite pour charmer les esprits de la trempe de Thomas, mais les pensées sérieuses de réforme, dictées par un amour sincère du bien et de la justice. Voyons quel était le plan de d'Aguesseau, et quelles fâcheuses circonstances en ont empêché la réalisation complète.

Afin de nous faire comprendre quel était son point de départ,

[1] *Causeries du lundi, Histoire du chancelier d'Aguesseau*, par M. Boullée.

M. Monnier nous fait assister en quelque sorte à l'enfantement de ce système de l'unité législative, qui, depuis le vœu émis par Louis XI, avait préoccupé tant d'esprits distingués. Les nombreuses ordonnances rendues au seizième siècle, et plus complétement celles de 1667 et de 1670 sur la procédure civile et criminelle, promulguées sous le nom de *Code Louis*[1], avaient déjà modifié d'importantes parties de la législation. « L'unité législative, disait Colbert à Louis XIV, serait assurément un dessein digne de la grandeur de Votre Majesté, digne de son esprit et de son âge, et qui lui attirerait un abîme de bénédictions et de gloire. » Les fameux *Arrêtés* de Lamoignon[2] étaient un premier pas dans cette voie. Il faut tenir compte aussi de l'impression profonde produite par les *Lois civiles*, ce beau livre dont la précision semblerait classer Domat parmi les constituants de 1789, si ses profondes convictions religieuses ne nous faisaient voir qu'il appartient à une tout autre école. Il faut le dire, cependant, à la gloire de d'Aguesseau, Domat, tout en préparant par l'ensemble de son travail, comme Pothier devait le faire plus tard dans les détails, l'œuvre du Code Napoléon, était plus timide lorsqu'il s'agissait de réformes pratiques. Le Mémoire fait par lui en 1664, lorsqu'il était avocat du roi au présidial de Clermont, ne touche que certains abus, tels que la multiplicité des degrés de juridiction. Quant à Lamoignon, il paraît avoir renoncé à la réalisation de son projet primitif. « Le dessein de M. le premier président, dit Auzanet dans la préface de ses œuvres, n'était pas de renouveler l'ancien projet de l'uniformité des coutumes, projet qui a d'abord paru simple et grand, mais qu'on a trouvé ensuite dangereux et impossible. » On voit que les prédécesseurs de d'Aguesseau avaient reculé devant les difficultés de l'œuvre, et qu'il lui fallut un certain courage pour l'entreprendre.

En 1715, dès qu'il eut quelque part au gouvernement, quelques semaines après la mort de Louis XIV, M. Monnier nous le montre formant, pour la codification de nos lois, une réunion d'hommes éclairés, choisis dans le grand conseil et dans le par-

[1] Il faut y ajouter l'ordonnance de 1673 sur le commerce et celle de 1681 sur la marine.

[2] M. Monnier nous promet aussi de précieuses révélations sur Lamoignon.

lement de Paris. Le sage novateur avait un si vif désir de s'entourer de toutes les lumières qui pouvaient contribuer au succès de son grand projet, qu'il ne reculait point, même devant l'utopie. Bien que l'abbé de Saint-Pierre poussât la liberté de son langage jusqu'à *entreprendre de lui enseigner comment il devait s'y prendre pour faire des lois*, il continuait à correspondre avec lui, le considérant, dit M. Monnier, comme un de ces philosophes cyniques qui se piquaient de parler avec hardiesse aux législateurs de l'antiquité. Et en commençant son premier Mémoire sur la réforme de la législation, le chancelier s'exprime en ces termes : « Un fou peut dire quelquefois des choses sensées ; c'est ce qui m'engage à faire un extrait de ce qui m'a paru ou raisonnable, ou digne au moins d'être examiné, dans le Mémoire de M. l'abbé de Saint-Pierre pour diminuer le nombre des procès. »

Une observation du fameux abbé, qui n'est certes pas d'un utopiste, mais d'un homme de sens, et dont d'Aguesseau a tiré parti, c'est qu'on ne pouvait point parvenir à donner une loi uniforme, tout d'un coup, sur toutes les matières. Il fallut donc se décider, autrement on n'eût abouti à aucun résultat, à réformer successivement les diverses parties de la législation. Le chancelier calculait qu'il lui faudrait dix années. « Mais « qu'est-ce que dix ans de travail, ajoutait-il, comparés avec « l'utilité que le public en retirerait pendant plusieurs siècles? » Au lieu de dix ans, le chancelier en employa vingt-deux, de 1727, époque où commença sérieusement le travail de réforme, jusqu'à 1749, date de sa dernière ordonnance. Bien qu'il ait rendu d'éminents services en publiant ses ordonnances, dont le texte a été en grande partie reproduit par le Code Napoléon[1], il ne put mettre à fin ses généreux projets. Malheureusement, outre les difficultés inhérentes à une pareille entreprise, elle fut entravée dans son exécution par une cause toute matérielle, que signale M. Monnier, et qui fait peu d'honneur au gouvernement de Louis XV. On rougit de le dire, quand l'argent ne manquait jamais pour de honteuses prodigalités, on refusait la rémunération la plus légitime aux travaux entrepris pour l'avenir du

[1] M. Monnier (p. 353) reproduit avec exactitude les articles du Code empruntés au travail de d'Aguesseau.

pays. « Comment durent s'y prendre, dit le nouvel historien « de d'Aguesseau, ces législateurs qui renouent notre droit ac- « tuel au droit ancien, pour mettre la première main à leur « dessein, et avoir quelques hommes pour les aider? D'abord « le chancelier, qui avait beaucoup de dignité et de grâce natu- « relle, attirait quelques jeunes gens de cœur, qui se livraient « avec ardeur au travail, bien que les fonctions en fussent gra- « tuites. Le procureur général[1] trouvait quelquefois la même « ressource dans son personnel, quand les employés qui en fai- « saient partie avaient fini la tâche journalière. Malheureuse- « ment, ils y avaient usé toute leur activité d'esprit, et l'ouvrage « n'avançait guère. On peut remarquer que celles des ordon- « nances de d'Aguesseau qui réussirent n'exigèrent aucun sacri- « fice pécuniaire de la part du roi... Et cependant les seules « dépenses du Parc-aux-Cerfs coûtèrent à l'Etat plus de cent mil- « lions. Le mari légal de M^me^ Dubarry reçut deux millions à lui « seul. Avec le quart de cette dernière somme, on eût accompli « les plus urgentes réformes, et, pour nous en tenir aux tribu- « naux, sauvé la fortune, l'honneur de bien des familles, et « peut-être la vie de beaucoup d'hommes en France. »

Voilà une nouvelle honte à ajouter à toutes celles qui pèsent sur la mémoire de Louis XV! Cette déplorable parcimonie justifie assez d'Aguesseau du reproche de timidité et d'hésitation que lui adressait M. Sainte-Beuve. Il faut louer, au contraire, le courage infatigable qui lui a permis de lutter contre tant de mauvais vouloir et d'inertie, et d'arriver, malgré tant d'obstacles, aux résultats partiels, mais remarquables, qu'il a obtenus.

Il nous reste à parler de la partie la plus orageuse de la carrière du chancelier, du rôle qu'il a joué dans les affaires de son temps. On sait qu'après avoir été populaire, il fut en butte aux reproches les plus cruels, et que le peuple et la bourgeoisie, au rapport de Barbier, l'accusaient de s'être *déshonoré*. Ce retour d'opinion fut motivé par les lits de justice de 1720 et de 1730, où d'Aguesseau fit enregistrer la bulle *Unigenitus*, après l'avoir vivement combattue comme procureur général sous Louis XIV. M. Monnier fait remarquer que d'Aguesseau, aussi dévoué à la

[1] Joly de Fleury, qui seconda les vues de d'Aguesseau avec la plus honorable persévérance.

religion qu'au bien de l'Etat, a pu être déterminé par la juste crainte d'un schisme. Ce danger, signalé par d'Aguesseau lui-même, était loin d'être imaginaire, puisqu'un avocat général au Parlement d'Aix ne craignait point d'adresser au pape ces paroles significatives : « Quand vous croyez séparer tout le monde de « votre communion, c'est vous qui vous séparez de tout le « monde. » Ajoutons que le Parlement de Paris n'avait plus, au dix-huitième siècle, cette gravité de mœurs, ce dévouement à la royauté et au pays, qui tempéraient autrefois le danger de ses prétentions à une autorité gouvernementale. En perdant beaucoup de son prestige, ce corps était devenu plus tracassier que jamais ; d'Aguesseau a fort bien pu, tout en observant beaucoup de ménagements à l'égard des personnes, employer, pour vaincre une résistance qui rendait tout gouvernement impossible, cette intervention de l'autorité royale, à laquelle avait également dû recourir l'Hospital, dont on connaît assez la généreuse indépendance. D'Aguesseau chancelier, éclairé par une triste expérience, a pu voir les choses autrement que d'Aguesseau procureur général à trente-deux ans, sans mériter ce reproche de servilité contre lequel proteste sa vie tout entière. Il faut reconnaître d'ailleurs que, lors du lit de justice de 1730, d'Aguesseau laissa les opinions se produire avec une entière liberté, tandis qu'en 1563, l'Hospital avait procédé à l'enregistrement sans consulter les magistrats. Après tout, ce n'est pas notre siècle, où il y a eu chez bien des hommes politiques tant de changements d'opinion bien moins justifiables, qui aurait le droit de se montrer sévère pour la conduite du chancelier en de pareilles circonstances.

Il est un point toutefois sur lequel nous ne saurions partager la manière de voir de M. Monnier, c'est son appréciation trop favorable du jansénisme parlementaire, qui fit tant de bruit au dernier siècle. Nous éprouvons une fort médiocre admiration pour l'abbé Pucelle et pour les autres sectaires de cette époque, où un fanatisme étroit et turbulent finit par substituer aux glorieux souvenirs de Port-Royal les scènes ridicules de Saint-Médard. Nous n'aimons pas l'opposition déguisée sous couleur d'opinion religieuse, et le Régent avait quelque raison de dire : « Si Dieu m'eût fait naître sur le trône, jamais je n'aurais souf- « fert parmi mes sujets des gens qui, dans une émeute, pussent « prétendre, avec les jansénistes, que la grace leur a manqué. »

L'auteur est l'organe d'opinions qui ont un peu vieilli, lorsqu'il semble considérer les Parlements comme les juges naturels des questions religieuses. Où aboutit ce système? à faire administrer les sacrements par arrêt de justice! à faire déclarer par le Parlement de Paris, dans son fameux arrêt du 6 août 1762, ordonnant l'expulsion des jésuites, que la société *faisait injure à Abraham, aux prophètes et à saint Jean-Baptiste!* Cette immixtion des magistrats dans les affaires religieuses nous paraît peu édifiante. Ce qui ne veut pas dire que nous approuvions davantage les excès en sens opposé de l'ultramontanisme contemporain, et qu'il nous soit possible, avec la meilleure volonté du monde, de considérer comme article de foi, non plus seulement l'infaillibilité spirituelle du saint-siége, mais l'intégrité de ses possessions territoriales!

Sauf cette réserve, qui n'affecte en rien les parties essentielles du travail de M. Monnier, nous n'avons que des éloges à donner à une œuvre aussi intéressante qu'approfondie. Nous n'avons pu qu'indiquer les richesses qu'elle renferme. Nous espérons du moins avoir donné au lecteur le désir de puiser lui-même à la source que lui ouvre le jeune écrivain, associé désormais à la renommée de d'Aguesseau, dont il a révélé de nouveaux titres à notre admiration et à notre reconnaissance.

E. BONNIER,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Droit municipal dans l'antiquité, par F. BÉCHARD, ancien député, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. — 1 vol. in-8° de 656 pages, chez Durand, libraire, rue des Grès, 7; prix : 8 francs.

Dans une introduction qui donne une idée fort nette du plan de ce livre, l'auteur remonte à la source des institutions sociales, à l'idée du *droit* que les fatalistes définissent d'après Dante : *la volonté de Dieu manifestée par le succès*, mais qu'un jurisconsulte romain définit plus exactement : *la science du juste et de l'injuste.* Il prouve comment, sous l'empire des principes de sociabilité, de justice et de concorde, l'unité politique des États doit se concilier avec la liberté des cités. Il combat le pouvoir absolu sous toutes ses formes, et spécialement sous la forme du *Léviathan* de Hobbes, ce dieu mortel autorisé, par une délégation populaire, à user d'une puissance sans frein, et à disposer

arbitrairement de la liberté, des biens, de la vie même de ses sujets. Il cherche la base des gouvernements mixtes ou représentatifs dans le principe municipal, c'est-à-dire dans la participation des citoyens à l'administration publique, principe qui peut seul donner une satisfaction équitable aux aspirations de la liberté, de l'égalité, de la fraternité humaines, en même temps qu'aux droits légitimes de la propriété, de l'autorité, de la souveraineté politique.

Pour démontrer par l'histoire cette théorie du droit public, l'auteur jette un coup d'œil rapide sur l'organisation des sociétés primitives : le patriciat, le clan, la tribu, et sur les monarchies despotiques de l'Orient. Il analyse ensuite avec soin les caractères essentiels et secondaires du municipe, cette unité élémentaire de la civilisation de l'Europe occidentale, et, après avoir montré son berceau dans la législation de Moïse, il en suit les progrès et les développements dans les municipes hébreux et phéniciens, dans les cités de la Grèce, et surtout dans l'organisation municipale des Romains.

Les caractères généraux du gouvernement de la Grèce, des phyles, des phratries, des γενται organisées dans ses cités, de ses conseils publics et de ses magistratures ; les caractères spéciaux des institutions de ses trois principaux États, la Crète, Lacédémone et l'Attique, sont l'objet d'une étude qui met en évidence à la fois l'excellence du principe de la liberté des cités grecques, et l'insuffisance du lien fédératif qui les unissait.

Après une analyse sommaire des constitutions des cités dans les colonies grecques de l'Italie et des Gaules, l'auteur s'attache à approfondir la législation municipale des Romains et des Gallo-Romains.

Il examine successivement le municipe romain en face de la cité grecque et dans ses rapports avec l'unité politique de Rome ; la constitution primitive de Rome, ses trois ordres, ses comices, ses magistratures ; les lois fondamentales du régime municipal romain ; les caractères du droit de cité romaine et du patronage ; les droits latin, italique, gaulois-cisalpin et provincial ; la constitution des colonies romaines, latines et italiques ; les caractères distinctifs des municipes, des préfectures, des villes libres et alliées, des *fora* et des *conciliabula ;* les curies et les décurions ; les honneurs municipaux ; les services municipaux ;

les pouvoirs légaux des syndics et autres mandataires élus; l'*imperium mixtum* et *merum* dans les cités; le droit de propriété dans ses rapports avec le droit de cité, et le domaine éminent; l'acquisition, la délimitation, l'administration et l'aliénation des biens des cités; l'annone, la tesserre frumentaire et le *congiarium;* les écoles municipales et les auditoires impériaux; les hôpitaux et autres établissements charitables; les travaux publics des cités; leurs jeux et leurs spectacles publics, les impôts levés sur elles, les exactions fiscales et les spoliations des empereurs; l'agriculture, les *latifundia*, le colonat, les colléges *artificum* et *opificum;* la milice dans ses rapports avec le régime municipal; la religion dans ses rapports avec la cité, les dieux étrangers, le judaïsme et le christianisme à Rome; la paroisse épiscopale, l'évêque défenseur de la cité.

L'examen du régime municipal gallo-romain est précédé de l'analyse du régime des cités et des propriétés dans la Gaule avant l'invasion des Romains.

La Gaule réduite en province romaine a-t-elle été régie d'une manière uniforme, ou bien apparaît-il dans ses diverses provinces d'un système mixte d'administration municipale? L'auteur constate que l'unité administrative de l'empire romain a surtout été modifiée dans la Gaule par les régimes divers des municipes des colonies, des villes libres et alliées, etc. Mais il fait remarquer, dès la période gallo-romaine, les nuances, bien plus sensibles dans le moyen âge, qui distinguent, au point de vue de leur administration, la Gaule Aquitanique, la Gaule Belgique et la Gaule Celtique. Des chapitres distincts sont consacrés à l'examen du régime municipal gallo-romain : 1° dans la Narbonnaise et l'Aquitaine; 2° dans les deux Germanies et la Belgique; 3° dans les provinces centrales. L'auteur signale, en terminant, la décadence des institutions gallo-romaines et l'invasion des barbares, conséquence et expiation du despotisme impérial.

Le livre que nous annonçons, limité à l'histoire du droit municipal dans l'antiquité, s'arrête à l'époque de l'invasion germanique; mais l'auteur annonce, dans son introduction, la publication prochaine de l'histoire du droit municipal au moyen âge, qui commence au sixième siècle, et qui finit au milieu du quinzième. B.

Exposition sommaire du premier livre du Code Napoléon, par M. A. VALETTE, professeur à la Faculté de droit de Paris. — 1 vol. in-8°; Paris, chez Marescq ; prix, 6 francs.

Les matières qui forment l'objet du titre préliminaire et du premier livre du Code Napoléon présentent à l'interprète des difficultés très-graves et très-délicates, que cinquante ans de travaux des jurisconsultes et de pratiques judiciaires n'ont pu encore faire disparaître entièrement. D'un autre côté, plusieurs lois nouvelles ont modifié sur des points fort importants les préceptes du Code. Il faut donc savoir gré à l'éminent jurisconsulte dont nous analysons l'œuvre nouvelle, d'avoir complété son édition annotée du *Traité des personnes*, de Proudhon, en condensant dans un seul volume l'exposition sommaire des principes du premier livre du Code Napoléon, et l'analyse des lois récentes, qui viennent d'y apporter des changements considérables.

Nous avons entendu certains critiques reprocher à l'auteur de n'avoir pas refondu complétement ses travaux antérieurs, pour présenter un commentaire entièrement distinct du traité de Proudhon. Sans doute, un pareil reproche fait honneur à celui qui en est l'objet, et nous-même nous aurions accueilli avec avidité un livre plus étendu de notre savant maître, M. Valette; mais il aurait fallu l'attendre longtemps encore; et nous comprenons que l'éminent professeur se soit renfermé dans un cadre plus restreint, qui lui permettait de mettre au courant de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine nouvelles, l'excellent traité du célèbre doyen de Dijon. C'était rester dans le rôle modeste d'annotateur que M. Valette avait pris d'abord, et qu'il avait rempli avec un talent si remarquable. D'ailleurs, au point de vue de l'enseignement, une exposition sommaire peut présenter aux élèves des avantages précieux, surtout quand on y trouve cette exactitude parfaite et cette lumineuse netteté qui caractérisent spécialement notre auteur. Nulle part ils ne trouveront les documents et les textes accessoires rassemblés avec plus de soin, à la suite d'une analyse lucide des différents titres du premier livre du Code.

Mais il serait inexact de croire que M. Valette se soit borné à un simple résumé ou à des rectifications nécessaires. Non-seulement il a discuté les arrêts les plus importants survenus de-

puis l'apparition de la troisième édition de Proudhon, mais il a tiré un grand parti de l'excellent ouvrage de M. Demolombe, pour relever des questions nouvelles, modifier quelques opinions, et, sur d'autres points, combattre la doctrine de l'éminent doyen de la Faculté de Caen. Enfin, M. Valette s'est livré assez souvent à des discussions étendues sur des théories capitales, soit dans le cours du livre, soit dans un appendice placé à la fin de l'ouvrage.

C'est ainsi que le célèbre professeur expose avec détail les difficultés qu'a fait naître la loi du 31 mai 1854 sur l'abolition de la mort civile, loi malheureusement trop concise, et par cela même destinée à soulever de vives controverses, comme nous l'avions prévu, lorsque nous avons tenté un des premiers de commenter la loi nouvelle. Nous ne pouvons que nous associer aux observations critiques présentées par M. Valette sur les articles 2 et 3 de cette loi, et nous partageons toutes les opinions émises par notre savant maître sur les problèmes qu'elle présente, dans sa combinaison avec le Code Napoléon, le Code pénal et le Code d'instruction criminelle.

Nous avons remarqué également une excellente dissertation sur la détermination des droits privés accordés par le Code aux étrangers, et des droits civils qui ne leur sont concédés que dans la mesure des articles 11 et 13 du Code Napoléon. M. Valette repousse, avec une grande force de logique et de raison, le système restrictif de M. Demolombe, qui leur refuse tous les droits qui ne résultent pas pour eux, au moins implicitement, d'un texte formel, et le système, qu'on pourrait appeler *prétorien*, de MM. Aubry et Rau. Ces éminents jurisconsultes pensent qu'il faut s'attacher en cette matière à la distinction ancienne des droits privés, en droits qui dérivent de la nature ou du droit des gens, et droits qui dérivent de la loi civile. Mais quel immense et dangereux arbitraire ne présente pas cette distinction abstraite que, pour notre part, nous croyons vague, obscure et inexacte en théorie, et sur laquelle on ne s'est *jamais entendu dans la pratique!* En outre, peut-on admettre que les auteurs du Code, esprits éminemment pratiques et ennemis des procès, aient entendu laisser au pouvoir du juge la latitude de modifier la liste des droits civils (*sensu stricto*), au gré des variations de la doctrine et des mœurs, en ce qui concerne la manière d'en-

tendre le droit des gens? M. Valette nous paraît avoir admirablement réfuté cette théorie, et nous ne pouvons que renvoyer à sa vigoureuse argumentation.

Il faut signaler encore une dissertation très-remarquable sur le calcul des délais de la plus courte et de la plus longue gestation, en matière de présomption de paternité légitime. Le savant professeur signale, avec une spirituelle et mordante ironie, les vices de la rédaction du Code sur ce point; il analyse les systèmes antérieurs qu'a fait naître l'obscurité du texte des articles 312 à 315, et en présente un nouveau et fort ingénieux, que nous recommandons à l'attention des jurisconsultes. Les titres de la tutelle et de l'interdiction nous ont paru également traités d'une manière remarquable, et nous regrettons que l'espace qui nous est donné ne nous permette pas d'insister sur ce sujet. Le style de l'ouvrage se recommande par les mérites spéciaux qui font de M. Valette un de nos meilleurs écrivains juridiques : clarté, concision élégante, fermeté et simplicité. Puisse le savant professeur nous donner bientôt une œuvre entièrement originale, et notamment terminer sa monographie sur l'importante matière des hypothèques : il aura satisfait au vœu de tous les amis de la science juridique.

GUSTAVE HUMBERT,
Agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

Etude sur les finances de la commune de Cahors aux seizième et dix-septième siècles, par M. EMILE DUFOUR, avocat, bâtonnier de l'ordre, correspondant du ministre de l'instruction publique pour les travaux historiques. — Cahors, 1859; in-8° de 55 pages.

Les archives municipales de Cahors, n° 305, conservent un compte de l'année 1622, petit in-folio, qui contient, entre autres renseignements, un article relatif à l'*entretènement* de MM. les professeurs de la Faculté des droits de l'Université de cette ville, ainsi payés :

[P. 40] « M. de Vaxis, docteur-régent de droit civil et doyen, 500 livres.

« M. de Roaldès (probablement Jean), docteur-régent de droit canon, 400 livres.

« M. Lefranc, docteur-régent de droit civil, 400 livres.

« M. Dolive, docteur-régent de droit canon, 400 livres.

« M. Saumiers, docteur-régent institutaire [1], 300 livres. »

Nous recueillons ce texte, comme d'autant plus intéressant que l'on en a publié peu de ce genre. M. Emile Dufour, avocat infatigable, mérite davantage que nous lui sachions gré d'employer ses rares loisirs aux travaux spéculatifs de l'érudition. Il a extrait du document que nous venons de mentionner, et de deux autres des années 1579 et 1687, cette intéressante étude relative au budget communal de la capitale du Querci. Cette petite œuvre est écrite avec un tour d'esprit qui en rend la lecture facile ; et, bien que son auteur n'ait pas la prétention d'en déduire le moindre enseignement économique, elle ne passera pas sans apporter quelque profit pour connaître quelles étaient les diverses sortes de recettes formant les revenus publics aux seizième et dix-septième siècles. J. P.

Lois civiles et commerciales du canton de Genève, réunies par MM. Flammer et Fick, avocats. — 1 vol. in-8°; Genève, 1859.

Genève a été réunie à la France depuis le 17 mai 1798 jusqu'en 1814. Les lois françaises y ont été promulguées, ainsi que les cinq Codes. Redevenue indépendante, Genève a conservé la législation française, mais en la modifiant par des lois nouvelles. MM. Flammer et Fick ont réuni ces lois nouvelles dans l'ordre des Codes qu'elles viennent modifier ou compléter.

Il peut être intéressant de signaler ici les principaux changements apportés au Code civil. D'après une loi de 1819 aucune femme ne peut s'obliger pour son mari, si elle n'y est formelle-

[1] On désignait sous ce nom d'*institutaire* ou *instituaire* le docteur-régent chargé d'expliquer les Institutes de l'empereur Justinien. Ce cours, qui paraissait sans doute plus facile que les autres, était toujours attribué au professeur le plus récemment promu ; ses émoluments étaient, du reste, inférieurs à ceux de ses collègues. Ces distinctions se retrouvent ailleurs, et notamment à la Faculté des droits de Caen. (M. Jules Cauvet, *le Collége des droits de l'ancienne université de Caen*. Caen, 1858, p. 50. Depuis que nous avons rendu compte de ce savant essai historique dans la *Revue historique de droit*, t. V, p. 543-548, il a été honorablement mentionné par l'Académie des inscriptions et belles-lettres.)

ment autorisée par deux conseillers nommés par le procureur général. Des lois de 1820 et 1830 ont rendu la transcription obligatoire pour toute transmission de propriété immobilière entre vifs ou par testament, même pour les actes de partage. L'article 1781 du Code Napoléon a été abrogé en 1851. Une loi du 22 août 1849 sur les fondations a réglé d'une manière remarquable tout ce qui a trait à cette importante matière. La loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'intérêt a été abrogée le 7 février 1857. L'hypothèque judiciaire a été abrogée le 6 janvier 1851 ; enfin, une loi du 31 janvier 1857 a organisé les emprunts hypothécaires par actions. Le droit commercial n'a subi que des modifications peu importantes. R. D.

The common Law of Kent; or the Customs of Gavelkind, with the Decisions concerning Borough-English, by Thomas Robinson, esq. of Lincoln's-Inn; a new edition, with precedents, etc., by J.-D. Norwood, solicitor — Ashford, Henry Iggleidens, 1858.

Le *Law-Magazine and Law-Review* a fait paraître, dans sa livraison de février 1859, un article sur les coutumes de *Gavelkind* et de *Borough-English*, à propos d'une quatrième édition de l'ouvrage de Robinson, publiée par M. Norwood.

L'édition de M. Norwood a été l'objet de critiques très-vives, et, ce semble, assez méritées. La troisième édition, publiée par Wilson en 1822, contient plus de 400 pages : celle-ci n'en a que 168. Cette différence vient de ce que M. Norwood a cru devoir supprimer les passages qui lui semblaient avoir cessé d'être utiles par suite des changements survenus dans la législation et dans la jurisprudence. Il y a bon nombre de ces retranchements dont on conteste l'opportunité. Mais fussent-ils faits tous avec la plus judicieuse discrétion, on serait toujours en droit de demander à M. Norwood pourquoi il n'a pas écrit lui-même un livre sur la matière, s'il trouvait celui de Robinson suranné ou trop étendu. On aime beaucoup à étudier les anciens auteurs par fragments : c'est vouloir se donner le prix et le mérite du travail, sans s'en être imposé la peine. On ne tarde pas à regretter sa négligence quand on voit à quelles erreurs expose une science douteuse et incomplète. Tout se tient en jurisprudence. Dans les sciences

physiques, lorsqu'une vérité est découverte, on peut sans inconvénient oublier les hypothèses et les systèmes qui en avaient tenu lieu et dont il ne reste plus rien. En matière de droit, le passé est intimement lié au présent, et l'on ne comprend point le passé quand, au lieu de le voir tel qu'il fut, on le mutile pour en étudier plus vite les pièces et les morceaux. C'est un mauvais système que celui de M. Norwood. Rien n'est plus propre à diminuer l'intérêt et le fruit de l'étude des anciens auteurs.

L'article du *Law-Magazine* est spécialement consacré à exposer la coutume de *Gavelkind* et à en faire ressortir les inconvénients. La critique y tient la plus grande place. Le *Gavelkind* est proprement une coutume en vertu de laquelle tous les héritiers mâles, au même degré, du défunt, se partagent également la terre, quand le propriétaire est mort *intestat*. On y rattache plusieurs règles établies par une coutume immémoriale dans le comté de Kent. Le veuf, tant qu'il ne se remarie pas, garde *by the curtesy* la moitié des terres de sa femme en usufruit, qu'il ait ou non des enfants de son mariage. Le droit commun lui laisserait toutes les terres, mais seulement s'il avait des enfants. La femme, de son côté, au lieu de prendre le tiers en usufruit des immeubles de son mari prédécédé, a pour douaire la moitié en usufruit, mais à la double condition de rester chaste et veuve, condition qui, d'après Robinson, a soulevé bon nombre de procès. En troisième lieu, l'enfant peut aliéner dès l'âge de quinze ans, règle qui se comprend dans une coutume où l'égalité de droits entre tous les ayants cause rend souvent la vente indispensable, mais contraire au principe de droit commun, que tout acte passé par un mineur de vingt et un ans, quand il n'y a pas nécessité, est absolument nul. En cas de félonie, enfin, la coutume de Kent ne reconnaît pas de *corruption de sang* (*corruption of blood*), et ne punit pas sur le fils innocent le crime de son père : « *The father to the bough, the son to the plough;* — le père à la potence, le fils à la charrue. » Depuis que le statut 54 Georges III a restreint la *corruption of blood* aux cas de trahison et de meurtre, la règle du comté de Kent est moins fréquemment appliquée. Voilà en somme, et sans tenir compte de quelques autres différences moins importantes, en quoi la coutume de Kent se distingue du droit commun de l'Angleterre. Dans l'esprit de beaucoup de jurisconsultes, les règles que nous venons d'énumérer

étaient de l'essence du *Gavelkind* [1]. Mais les tribunaux ont décidé le contraire : ils ont distingué ces règles accessoires du genre de *tenure* qui y avait été soumis si longtemps ; les terres soustraites au *Gavelkind* par acte du Parlement n'en restent pas moins, à tous autres égards que le partage, sous l'empire de la coutume de Kent. Le *Gavelkind* se retrouve en dehors du comté de Kent, et il s'y retrouve dégagé de ces coutumes accessoires.

L'origine du *Gavelkind* est entourée d'une grande obscurité. Sous les Anglo-Saxons, la fortune du défunt se partageait également entre les enfants des deux sexes. Nul ne sait comment on est arrivé à exclure les femmes au profit des hommes, ensuite les puînés au profit de l'aîné. On ignore aussi pourquoi le pays de Kent resta le seul où le droit d'aînesse n'était pas reconnu. Les écrivains anglais rejettent dédaigneusement le récit fait par un moine, sous Edouard VI, de l'intervention de l'archevêque de Cantorbéry, et de l'abbé de Saint-Augustin, qui auraient armé la population du comté, marché à sa tête et forcé les conquérants à respecter ce privilége. L'article du *Law-Magazine* suppose avec Sommer que les habitants du comté étaient, comme les bourgeois de Londres, particulièrement attachés à leurs coutumes, et que les propriétaires du comté de Kent, n'étant pas de la noblesse, voyaient sans peine leurs terres se partager entre leurs enfants. Il y a sans doute du vrai dans l'une et l'autre opinion : si les habitants du pays de Kent ont gardé une coutume en opposition avec la loi du vainqueur, c'est qu'ils ont opposé à celui-ci une résistance heureuse, et s'ils ont défendu leurs coutumes, c'est qu'ils y étaient attachés. Dans le premier système, on a tort de supposer une lutte ouverte et une sorte de victoire des Saxons sur les Normands ; mais dans le second, on fait peut-être trop bon marché de la résistance nationale que les Saxons vaincus ont opposée partout aux vainqueurs, et qui a pu réussir jusqu'à un certain point dans quelques endroits.

Quoi qu'il en soit, le *Gavelkind* est encore maintenant le droit commun des terres dans le pays de Kent. Jusqu'à preuve du contraire, les immeubles sont présumés régis par cette coutume,

[1] Voir notamment sur l'adage : « The father to the bough.... » Bacon, *The use of the Law for preservation of our persons, goods and good names.*

mais on commence à la battre en brèche : les commissaires de la propriété foncière en ont demandé l'abrogation. Des hommes éminents en signalent sans cesse les nombreux inconvénients. Cependant l'on n'espère pas obtenir qu'elle soit supprimée par le Parlement. Le comté de Kent y tient beaucoup, comme on tient toujours à une coutume spéciale et séculaire : aucun des députés qu'il envoie à la Chambre des communes ne risquera son siége pour la faire abolir, et les autres membres du Parlement se préoccupent peu d'une question qui n'intéresse ni le pays en général, ni leur châteaux en particulier.

Dans l'article du *Law Magazine*, on ne considère pas le *Gavelkind* en lui-même : on examine surtout les inconvénients qui résultent de la coexistence de deux législations différentes sur la même matière. Peut-être cependant eût-il fallu chercher ce que pouvait valoir cette coutume ; car si elle est préférable au droit commun, pourquoi ne pas l'ériger en droit commun à son tour? L'auteur de l'article indique à peine la question économique, ou plutôt il l'écarte en disant que la propriété n'est pas plus divisée dans le comté de Kent que dans le reste de l'Angleterre, parce que les propriétaires corrigent par leurs testament et leurs donations les vices du *Gavelkind;* ce qui ne l'empêche pas de rapporter, quelques lignes plus bas, deux hypothèses où le *Gavelkind* produisit la division d'une propriété valant 300 livres sterling en vingt-neuf parties, et d'une autre qui valait 200 livres en quarante-neuf. Il y a une question de justice dont il ne dit pas un mot ; ce serait la première qu'un jurisconsulte aurait traitée, et elle n'a pas échappé à tous les Anglais : « Le partage égal est certainement le plus naturel et le plus simple, et c'est, au moins à en croire les puînés, celui qui paraît le plus impartial et le plus juste, » dit Blackstone [1].

Ces critiques à part, il faut reconnaître que l'auteur de l'article a très-bien montré le côté faible du *Gavelkind,* ou plutôt de toute coutume particulière qui se trouve en opposition avec une coutume générale . c'est qu'il n'y a pas moyen de savoir au juste comment est régie une terre du comté de Kent. Toutes les propriétés n'ont pas été originairement soumises au *Gavelkind ;* en outre, de Henri VII à Jacques Ier, sept actes du Parlement en

[1] T. II, ch. XIV, IV.

ont affranchi certaines terres, sans les désigner autrement que par les noms de ceux qui les tenaient alors. De longues controverses se sont élevées à propos des terres conférées aux couvents, qui ont changé de main depuis la suppression des couvents auxquels elles appartenaient, mais dont la propriété, dont la *tenure* a gardé les mêmes caractères essentiels. L'incertitude, la confusion, voilà le grand vice des législations coutumières; l'unité y est impossible; il ne faut même pas songer à l'établir dans tous les détails; une fois qu'un pouvoir législatif unique et régulier est substitué à l'usage, il suffit qu'il n'y ait pas de contradiction choquante entre les diverses coutumes d'un même pays : la différence ne peut être bien grande entre la coutume de *Gavelkind* et le droit commun d'Angleterre.

ALBERT DESJARDINS,
Avocat à la Cour impériale de Paris.

Deutsche Rechtssprichwörter. Proverbes du droit allemand, réunis et expliqués par M. J. HILLEBRAND.—1 vol. in-8; Zurich, 1858.

Il existe plusieurs collections des proverbes du droit allemand. La plus connue, et en même temps la meilleure jusqu'à ce jour, est celle d'Eisenhart, qui a paru pour la première fois en 1758. Mais après tous les travaux dont le droit germanique a fait l'objet depuis lors, on comprend facilement qu'un nouveau recueil était devenu nécessaire. Il suffit de se rappeler tout ce que chez nous MM. Dupin et Laboulaye ont ajouté au précieux commentaire de Laurière sur les *Institutes coutumières* de Loysel. M. Hillebrand, professeur à l'université de Zurich, déjà connu par un *Traité* et par une *Histoire du droit allemand*, s'est chargé de ce travail. Il a réuni trois cent soixante-treize proverbes, les a classés par ordre de matières et en a donné l'explication à la fois grammaticale et historique. C'est assurément un des livres les plus propres à faire connaître le vieux droit germanique, si semblable en bien des points à notre ancien droit coutumier. Voici, comme échantillon, quelques proverbes curieux :

Cent ans d'injustice ne font pas une heure de droit.
Ce que la torche consume est meuble.
La vraie saisine est d'an et jour.

Qui a la poule a les œufs.

Chacun prend son bien où il le trouve.

La garantie passe de main en main. *Hand muss Hand wahren.* (C'est l'équivalent du proverbe français : En fait de meubles possession vaut titre.)

Cherche ta confiance où tu l'as mise. (C'est la même règle.)

Un homme, une parole, ou : L'homme n'a qu'une parole.

C'est répondre que de ne pas répondre.

Qui n'a rien dans sa bourse paye avec sa peau.

Le mari et la femme n'ont pas de biens séparés pendant leur vie.

Le mort saisit le vif.

C'est Dieu et non l'homme qui fait l'héritier.

Qui veut mourir en paix doit laisser son bien à son héritier légitime.

Le plus proche par le sang est le premier à recueillir les biens.

Marchand n'a pas d'amis.

Qui n'ouvre pas les yeux doit ouvrir sa bourse, ou bien : Ouvre les yeux, une vente est une vente.

Les pensées sont franches de tout droit.

On paye à jeun pour ce qu'on a fait étant ivre.

Nécessité n'a pas de loi.

Chacun est maître en sa maison.

Celui qui tient l'échelle est aussi coupable que le voleur.

Qui a volé volera.

Toutes bonnes choses sont au nombre de trois.

Là où l'âne se vautre il doit laisser son poil.

Si le mensonge pouvait tirer d'affaire, personne ne serait pendu.

Quand l'empereur est mort, le roi se met en selle.

Chaque seigneur est empereur dans sa terre.

Plusieurs de ces proverbes sont intraduisibles. Tel est celui-ci : *Wo wir nicht mitrathen, da wir auch nicht mitthaten,* ce qui revient à dire : Celui qui n'a pas voté l'impôt n'est pas tenu de le payer.

R. Dareste.

DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET D'APRÈS LE CODE NAPOLÉON.

C'est avec grand plaisir que nous insérons dans la *Revue* le travail d'un jeune homme qui donne de belles espérances. Le mémoire de M. Anouilh a été couronné par la Faculté de droit de Toulouse, en 1857, au concours pour la médaille d'or du doctorat. Le sujet avait été choisi par M. le ministre de l'instruction publique, qui, comme magistrat et comme chef de l'enseignement, s'est toujours intéressé à l'étude de notre ancien droit coutumier. Nous ferions volontiers l'éloge du mémoire de M. Anouilh, si nous n'aimions mieux laisser la parole à un bon juge en pareille matière, au savant rapporteur du concours, M. Adolphe Chauveau, professeur de droit administratif à la Faculté de Toulouse. E. L.

« Le sujet du concours, choisi par M. le ministre de l'instruction publique, était plein d'intérêt. C'était une thèse toute française, permettez-moi cette locution; car, malgré mon admiration profonde pour le modèle philosophique que nous offre la législation romaine, j'aime bien aussi ce beau droit civil français qu'ont préparé de célèbres ordonnances, les travaux des Cujas, des Dumoulin, des Domat, des Pothier..., et que le plus grand génie de notre siècle a déposé dans son Code immortel, le Code Napoléon...

« L'origine de l'institution contractuelle est germanique... L'introduction successive des idées sur l'institution contractuelle a lutté contre l'enseignement des auteurs de pays de droit écrit exclusivement voués au culte des lois romaines.

« Primitivement consacrée à assurer le service des fiefs, les alliances des familles puissantes, à augmenter et à conserver l'aristocratie féodale, l'institution conctractuelle était devenue la loi commune. Le génie de Dumoulin avait compris qu'elle

favorisait les mariages et la formation de familles nouvelles. Elle acquit un tel degré d'importance, que, ainsi que l'attestent nos anciens auteurs, elle était devenue une institution du droit des gens ; elle avait été introduite dans la législation des peuples civilisés.

« Chose bizarre, et dont il serait trop long de rechercher les motifs, notre Code a conservé l'institution, sans en indiquer le nom. Les articles 1082 et 1083 permettent de donner, par un contrat de mariage, tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, avec défense d'aliénation, seulement à titre gratuit, des objets compris dans la donation. De là des difficultés sérieuses pour découvrir les véritables caractères d'un acte qui est, tout à la fois, une donation et un testament, d'un acte que le savant Furgole qualifiait d'acte *amphibie*.

« Le seul mémoire qui ait été remis à la Faculté portait pour devise :

« Il y a au monde quelque chose qui vaut mieux que les jouis-« sances matérielles, mieux que la fortune, mieux que la santé « elle-même, c'est le dévouement à la science. » (Augustin Thierry.)

« Nourri de sentiments aussi élevés, l'élève de notre Faculté a le germe qui, fécondé par l'étude, produira le maître...

« Notre candidat a indiqué son plan dans des termes et sous des divisions qui dénotent déjà une connaissance profonde du sujet. Il s'est posé cette première question : *D'où nous vient l'institution contractuelle?* Dans une série de propositions historiques habilement déduites, il a démontré que cette institution était toute française. La partie consacrée à l'ancien droit français n'offrait pas un intérêt purement historique. Que de solutions de nos anciens jurisconsultes, sur le caractère et les effets de l'institution contractuelle, doivent éclairer les difficultés que peut faire naître la loi nouvelle ! Le candidat l'a compris. Sans être surchargée de citations, cette partie de son travail est nourrie des opinions de ces anciens et vénérables jurisconsultes qui, comme nous l'apprend Maynard, *assistaient aux arrêts généraux où ils avaient séance, dans la grand'chambre du parlement.*

« La troisième division offrait de grandes difficultés ; car, dans un sujet aussi vaste, une loi si brève nécessite un véritable talent d'éclectisme pour savoir dire beaucoup de choses en peu de mots. En présence d'opinions développées avec la supériorité

des Merlin, des Troplong et de quelques-uns de nos collègues que je ne nomme pas, pour ne point blesser leur modestie, l'indépendance pouvait devenir une espèce de témérité dans le travail d'un jeune homme... La Faculté a été agréablement étonnée, surprise de la vigueur de logique, de la netteté d'expression, de la concision, des heureuses déductions, et, en général, de la sûreté des principes de l'auteur. Ce commentaire n'a que cinquante pages; il renferme la matière d'un volume.

« L'auteur du mémoire, cédant à la nature hardie de son esprit, a quelquefois dépassé les limites imposées au style juridique dont tant de pages de son travail ont offert de véritables modèles. Nous pourrions relever quelques néologismes, quelques expressions hasardées, quelques erreurs, mais ce détail fatiguerait inutilement votre attention. — En résumé, c'est un beau travail sous le triple rapport de l'histoire, de la jurisprudence et de la doctrine.

« Qui nous a donc présenté une dissertation si complète, une œuvre si remarquable? Un de nos meilleurs, de nos plus modestes élèves, M. Anouilh, né le 9 décembre 1835, qui, l'an dernier, avait obtenu le double triomphe de la licence, un jeune homme de vingt-deux ans, qui déjà, au barreau de sa ville natale, a justifié, par de brillants débuts, les couronnes que lui avaient décernées ses professeurs. »

INTRODUCTION.

Il en est du droit civil d'un peuple comme de son caractère et de sa destinée morale. Il se forme lentement et successivement; il est le résultat d'une multitude d'origines et de faits divers. Son apparition première se perd au sein des siècles, lorsqu'il arrive à constituer un ensemble précis, systématique, ayant un nom et une vie spéciale.

Lorsque cet ensemble est ainsi composé, son action, quoique continue, n'est pas uniforme; elle se combine avec l'esprit et les besoins variables de la société qu'elle gouverne et cède souvent à la puissance du courant des mœurs, tantôt graduellement et sans trouble, tantôt par suite du bouleversement des révolutions; mais le passé laisse toujours sur le présent quelques vestiges. Les traditions d'un pays se retrouvent au fond de tous les

changements opérés par les révolutions les plus hardies. Le droit d'une nation, en s'éloignant des premiers âges, produit et développe des principes nouveaux qu'il place à côté de ceux qu'il n'a pas répudiés, et se montre doué, par les formes qu'il revêt et dépouille incessamment, d'une sorte d'immortalité. « *Les institutions*, dit M. Laferrière, *se développent, se fortifient, en s'éloignant de leur origine et des motifs qui les avaient fait naître. Les principes nouveaux qu'elles s'approprient leur communiquent un redoublement de vie, de durée, et une puissance inépuisable de transformation*[1]. »

Les principes qui, par leur réunion, constituent le droit d'un d'un peuple, ont donc une histoire. L'observation retrouve leur berceau quelquefois caché. Elle les suit depuis leur naissance et constate leur développement ultérieur.

C'est à la lumière de cette idée, dont la vérité ne saurait être révoquée en doute, que nous essayerons d'exposer ce que l'institution contractuelle a été dans notre ancien droit français et ce qu'elle est aujourd'hui d'après le Code Napoléon.

PREMIÈRE PARTIE.

ORIGINE DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE.

D'où nous vient l'institution contractuelle?

Si l'on interroge les auteurs anciens sur ce point, on ne trouve dans leurs conjectures rien qui satisfasse pleinement la raison. Au milieu de leurs dissidences, aucun trait de lumière ne vient éclairer cette question historique. Nul n'a rencontré la vérité. Il faut arriver aux travaux de l'école historique contemporaine pour rencontrer sur la solution de cette difficulté des preuves décisives et authentiques qui la révèlent et la soutiennent.

Obligé, dès le commencement de ce travail, de déterminer l'origine de l'institution contractuelle et d'exposer les diverses phases qu'elle a traversées, nous ne saurions mieux faire que d'adopter le sentiment des jurisconsultes qui, récemment, ont donné aux études historiques une si puissante activité.

Et d'abord, l'institution contractuelle est entièrement contraire aux principes du droit romain. Cela n'a rien d'étonnant pour qui-

[1] *Histoire du droit français*, t. Ier, p. 226.

conque connaît l'esprit de la législation romaine en matière de mariage et de successions. Dans le domaine de la spéculation philosophique, le mariage peut bien, à une certaine époque, sous l'influence des idées stoïciennes, s'offrir avec ses véritables caractères à l'intelligence de quelques jurisconsultes; mais, dans la réalité des mœurs, la mère de famille, au fond du gynécée, vivait inconnue, à peine aperçue du législateur, sous une perpétuelle tutelle, la première des esclaves de son mari qui pouvait la répudier et prendre une concubine sous la protection de la loi. Le mariage était alors peu compris par le législateur qui ne se préoccupait point de sa sainteté et de sa dignité. Aussi cherche-t-on vainement dans les lois romaines un système moral de protection et d'encouragement pour les mariages; car les lois Papiennes, promulguées à une époque où la politique conseillait de combattre la décroissance rapide dans laquelle la population était entraînée par la guerre civile et par la corruption des mœurs, ne peuvent être considérées comme contenant la manifestation d'encouragements au mariage, puisque, tout en accordant des priviléges aux pères, à cause de leurs enfants, elle voyait avec indifférence une maison demeurée stérile, ne se contentant pas contre les célibataires de se montrer pleine d'impitoyables rigueurs.

D'un autre côté, dans les principes du droit romain, l'institution d'héritier ne pouvait avoir lieu que par testament : *hereditas testamento datur* (Cod. *De pactis conventis*, loi 5); et le testament, acte de souveraineté et de volonté dernière, ne s'accommodait point de la gêne que l'irrévocabilité de dispositions entièrement semblables aurait apportée à la liberté des citoyens [1]. C'est pourquoi tout pacte sur succession future était prohibé (loi 61, *De verbor. obligat.*). Les jurisconsultes

[1] Il en fut ainsi à toutes les époques, même lorsque les Romains pratiquaient le testament *per æs et libram*. Cette dernière forme de tester, malgré son apparence de contrat, n'enlevait au testateur ni la faculté de révoquer la vente de son patrimoine, ni le droit de disposer suivant sa volonté de chaque objet en particulier. L'*emptor familiæ* était loin, par conséquent, d'avoir un droit certain d'hérédité. Cependant, M. Ortolan, se fondant sur le caractère d'irrévocabilité de la mancipation et sur la paraphrase de Théophile, où il est dit : « *Familiæ emptor idem erat ac heres*, » enseigne que le testament *per æs et libram* assurait un droit d'hérédité au *familiæ emptor*.

justifiaient d'une autre manière cette prohibition : ils prétendaient que le pacte successoire est contraire aux bonnes mœurs, *quia contra bonos mores est hæc stipulatio* (*ibid.*), comme renfermant *votum alicujus mortis :* ces considérations avaient bien leur importance ; elles prouvent que ce n'était pas à la logique seule que le droit romain empruntait la sévère fermeté de ses déductions.

Ainsi, l'institution d'héritier ne peut avoir lieu que dans un testament. Les conventions qui tendraient à restreindre la liberté de tester sont de nul effet. Les textes abondent pour le prouver. Nous nous bornerons à citer la constitution 15, Cod. *De pactis*, qui statue sur une hypothèse analogue à l'institution contractuelle, sur la promesse d'égalité faite par un père dans le contrat de mariage de sa fille : « *Pactum quod dotali instrumento comprehensum est ut, si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea quæ nubebat, cum fratre heres patris sui esset.* » Les empereurs Valens et Gallien déclarent l'obligation du père destituée d'effet : « *Neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* » Cette constitution est formelle et décisive. Dès ce moment, nous pourrions, à la rigueur, détourner nos investigations du droit romain sur les autres sources du droit moderne. Nous avons cependant à réfuter certaines opinions d'après lesquelles le berceau de l'institution contractuelle se trouverait dans les lois romaines.

La sévérité du droit romain pur fut adoucie, en ce qui touche les pactes sur succession future, sous la législation du Bas-Empire. Ces conventions tendaient à s'introduire dans les mœurs et appelaient sur elles l'autorité protectrice de la loi. Aussi, les constitutions impériales vinrent-elles quelquefois mitiger l'âpreté du droit civil à leur égard. Constantin permit à une mère de partager sa succession entre ses enfants, et donna force obligatoire à un semblable partage, pourvu que la mère eût persévéré jusqu'à la mort dans la même volonté.

L'empereur Justinien nous montre sous son jour véritable la modification qui s'introduit timidement, il est vrai, mais progressivement, dans les principes relatifs aux contrats sur succession future. Dans sa constitution 30, Cod. *De pactis*, ayant à statuer sur un contrat de cette espèce, il semble d'abord vouloir le foudroyer au nom de la morale publique : « *Sed nobis omnes*

hujusmodi pactiones odiosæ esse videntur, et plenæ tristissimi et periculosi eventus. » Mais ce n'est là qu'une concession théorique faite aux anciennes règles, un écho de l'ancien état de choses qui va s'affaiblissant et sera bientôt couvert par des décisions contraires. « *Sancimus itaque nihil ex his pactionibus servari, nisi ipse forte de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit et in ea usque ad extremum vitæ spatium perseveraverit.* » La rigueur du droit fléchit, à la condition que le *de cujus* aura donné son consentement et y aura persévéré jusqu'à son dernier soupir.

Toutefois, ces monuments du droit impérial ne sont que des dérogations particulières et exceptionnelles à la prohibition des pactes successoires qui subsiste comme règle générale dans le corps de droit de Justinien.

Fut-elle jamais écartée en faveur du mariage? L'affirmative paraît résulter de la Novelle 19 de Léon le Philosophe, où l'on voit que cet empereur, abrogeant la loi 15, Cod. *De pactis*, approuve et valide la paction d'un père qui a promis à son fils, en le mariant, de lui conserver dans sa succession une part égale à celle de ses frères et sœurs. Le fondement sur lequel s'appuie Léon le Philosophe est l'équité qui se manifeste dans une promesse tendant uniquement à conserver entre les enfants l'égalité dont les lois de la nature font un devoir aux parents. La Novelle 19 nous apprend même que la loi 15, Cod. *De pactis*, à laquelle elle vient faire les honneurs immérités d'une abrogation expresse, n'avait jamais pu, à cause de son absurdité évidente, se faire recevoir dans la pratique. Nous rencontrons donc ici une promesse d'égalité sanctionnée en même temps par les mœurs et par les lois; et, comme une telle promesse équivaut à un pacte successoire, l'origine de l'institution contractuelle paraît trouvée.

Telle a été l'opinion de Basnage. Furgole déclare également « que l'institution contractuelle peut tirer son origine de la Novelle 19 de l'empereur Léon, mais d'une façon assez éloignée.»

Pour faire rejeter cette manière de voir, il suffit, dit Eusèbe de Laurière, « de remarquer, après Cujas et Jacques Godefroy, que les Novelles de Léon n'ont presque point été observées ni regardées comme lois dans l'Orient, et qu'elles n'ont été même bien lues et bien connues dans l'Occident que par la traduction qu'Agy-

læus en a donnée longtemps après les rédactions et les réformations de nos coutumes, qui ont autorisé ces institutions. »

Cette observation d'Eusèbe de Laurière est parfaitement juste.

Mais, à son tour, cet auteur émet sur la question un avis que nous ne saurions adopter, quoique Merlin le trouve très-plausible.

Suivant de Laurière, la loi 19, Cod. *De pactis*, offre la source véritable de l'institution contractuelle. Dans cette loi, les empereurs Dioclétien et Maximien déclarent valable la convention par laquelle deux soldats, allant à la bataille, ont promis que les biens du prédécédé appartiendraient au survivant : « *Ut ad eum qui superstes fuisset, res ejus, cui casus finem vitæ attulerit, pertinerent.* » Merlin, se faisant à ce sujet l'interprète de Laurière, s'exprime en ces termes : « Dans le temps que Gerardus Niger et Obertus de Orto composèrent le Livre des fiefs, on commençait à enseigner publiquement le droit romain. Ces rédacteurs y remarquèrent que les soldats pouvaient s'instituer l'un l'autre contractuellement, et, comme la possession d'un fief emportait alors l'obligation du service militaire, ils crurent pouvoir considérer comme soldats tous les possesseurs de fiefs, et leur accorder en cette qualité le pouvoir de se faire des héritiers par contrat. »

A ne considérer cette opinion qu'au point de vue de la raison doctrinale, on ne peut s'empêcher de remarquer qu'il y a une différence fort grande entre le cas dont parle la loi 19, Cod. *De pactis*, et l'institution contractuelle. Si les empereurs Dioclétien et Maximien confirment le pacte de se succéder réciproquement fait par deux soldats à la bataille, c'est, comme le texte lui-même en fait foi, parce que la volonté des militaires, relativement à leur succession, peut se manifester de toute espèce de manière, indépendamment de toute solennité de formes, et obtient la même force qu'un testament, si elle a persévéré jusqu'au dernier soupir. Au fond, la loi 19, Cod. *De pactis*, présente non pas une convenance de succéder, mais un testament. C'est l'avis de Cujas : « *Rata est hæc pactio, non quasi pactio, sed quasi ultima voluntas, quod consentit cum constitutionibus imperatorum quæ jura singularia in testamentis militum constituerunt et statuerunt ut quælibet voluntas militis esset pro testamento.* » Si le pacte réciproque de se succéder ne vaut que comme testament,

il n'oblige pas d'une manière irrévocable les contractants ; il ne constitue pas une convention proprement dite ; il ne faut y voir qu'un testament militaire.

En fait, la loi 19, Cod. *De pactis*, a bien pu servir aux juristes du douzième siècle pour cimenter dans le système féodal les institutions contractuelles d'héritier. Nous aurons bientôt à nous occuper de ce point, et nous apprécierons alors l'application des lois romaines faite par les feudistes aux possesseurs de fiefs. Pour le moment, nous nous bornerons à faire observer que, même avant le droit féodal du douzième siècle, l'institution irrévocable d'un héritier était reçue dans les mœurs et permise par les lois : ce qui exclut la possibilité de faire remonter l'origine de l'institution contractuelle seulement à l'époque de la composition du Livre des fiefs. D'ailleurs, cette origine fût-elle vraie, il resterait à indiquer comment on étendit aux successions ordinaires un usage primitivement établi pour les seules successions féodales, et, en second lieu, comment cet usage fut renfermé dans les conventions matrimoniales.

En résumant les observations qui précèdent, nous sommes autorisés à conclure que ce n'est pas dans le droit romain qu'il faut chercher le germe de l'institution contractuelle.

Tournons maintenant nos regards sur la législation des peuples barbares qui vinrent, du cinquième au sixième siècle, accélérer la chute de l'empire romain et s'établir sur ses ruines, C'est là que nous découvrirons la naissance de l'institution d'héritier par contrat ; c'est de là que nous pourrons suivre les périodes de sa formation progressive.

Suivant le témoignage de Tacite, les Germains des premiers temps ne connaissaient pas le testament et n'avaient d'autres successeurs que leurs enfants : « *Heredes tamen successoresque sui cuique liberi ; et nullum testamentum.* »

Après la conquête de la Gaule, les mœurs se modifièrent, le type primitif de la race germanique s'altéra. La propriété territoriale, pour ainsi dire inconnue dans les forêts de l'antique Germanie, devint, en deçà du Rhin, une suite nécessaire de l'invasion. Aux dons de chevaux, d'armes, aux banquets, aux présents mobiliers qui retenaient les compagnons autour du chef, succédèrent les dons de terre, les bénéfices qui prirent

place à côté des alleux et devinrent une source nouvelle de relations personnelles.

D'un autre côté, la fusion qui s'opéra insensiblement entre la race conquérante et les Gallo-Romains introduisit l'usage des dispositions de biens à titre universel, des testaments. Toutefois, ce dernier résultat ne se manifeste qu'à la longue, grâce à l'infiltration du droit romain dans les coutumes des barbares et à la faveur des encouragements intéressés des monastères et des gens d'église.

Le testament n'est pas mentionné dans la loi salique, dont la première rédaction latine remonte, comme on sait, à Clovis (de l'an 481 à l'an 496). Est-ce, comme le prétend M. Laferrière, parce que les Francs de la loi Salique ne comprenaient pas cette puissance, que l'homme tient tout à la fois de sa nature spirituelle et de la société, pour disposer de sa chose au moment suprême où il est forcé de l'abandonner? Nous ne saurions partager cette conjecture, issue peut-être des idées spiritualistes émises par Leibnitz, sur le fondement rationnel du droit de tester. Selon nous, il faut attribuer simplement l'absence du testament, chez les premiers Francs de la loi Salique, au peu d'importance qu'avaient laissé à la propriété les habitudes de guerre et de pillage de ces tribus encore barbares. Avec la constitution d'un tel état social, la succession légitime devait suffire, à elle seule, aux intérêts de la famille.

Quoi qu'il en soit, si le testament ne figure pas dans la loi salique, on y trouve les pactes solennels sur les successions futures, contre lesquels s'élevaient les barrières de la législation romaine; on y trouve spécialement l'institution d'héritier contractuelle, donation entre vifs, irrévocable, accompagnée de tradition solennelle et de mise en possession immédiate. C'est ce qui a fait dire à Loisel, dans ses *Institutes coutumières* : « *Institution par paction, ou reconnaissance d'héritier simple ou mutuelle, et donation particulière par contrat de mariage vaut par la loi Salique des Français et ne se peut révoquer* [1]. »

[1] Un grand nombre de nos anciens jurisconsultes ont cru trouver l'origine de l'institution contractuelle dans la loi Salique, mais à un point de vue bien différent de celui que nous indiquons. Suivant Lebrun, Ricard, Coquille, Cujas, etc., l'institution contractuelle a son fondement dans les usages des fiefs qui s'observaient en Lombardie. On voit, en effet, dans le

En effet, le titre XLVIII de la loi Salique : *De affatomiæ*, offre, dans une cérémonie où se manifeste le symbolisme matériel de cette époque primitive, le moyen de disposer d'une hérédité par forme de contrat. En voici le résumé : Dans le mall légitime, ou devant le roi, le Franc qui veut transmettre tout ou partie de ses biens jette un rameau dans le sein de celui qu'il veut gratifier, et le nomme son héritier, *et heredem appellat*. Le donataire entre dans la maison du donateur et prend possession de ce qui lui a été donné. Plus tard il rend, par le jet du rameau, la chose au donateur. Avant l'expiration de l'année, il reçoit de nouveau en justice la branche (*festucam*) dans son sein. Ainsi, l'institution devient irrévocable : le Franc Salien s'assure un héritier et intervertit, à son gré, l'ordre légal des successions.

Tel est, selon nous, le germe premier de l'institution contractuelle. Sans doute, elle ne nous apparaît pas dans le titre XLVIII de la loi Salique avec tous les caractères dont elle sera revêtue plus tard. Nous n'avons encore qu'un germe : il faut attendre.

Les familles germaniques n'avaient pas les mêmes préventions que les Romains contre les pactes sur succession future. La faveur des pactes successoires est un trait qui sépare profondément des Romains les peuples d'origine germanique. Ces pactes deviennent d'un usage fréquent et populaire. Le fameux traité d'Andelot en contient la preuve. Ils sont reconnus par la loi des Francs Saliens, des Ripuaires, des Visigoths et des Bourguignons. On en trouve des traces nombreuses dans les Formules de Marculf. Mais la loi Ripuaire mérite de fixer particulièrement notre attention.

Cette loi, rédigée pour la première fois sous Thierry, fils de Clovis, et revisée par les soins de Dagobert Ier (628-638), a plusieurs points de ressemblance avec la loi Salique. Ce rapport trouve son explication naturelle dans la communauté d'origine des deux tribus. Le titre XLVIII, *De affatomiæ*, de la loi Salique, que

titre XXIX du livre II *De feudis*, que celui qui se mariait en secondes noces et contractait un mariage moins avantageux que le premier pouvait stipuler que la seconde femme et ses enfants n'auraient pour tous droits qu'une certaine somme d'argent. Or, on disait à Milan qu'une telle stipulation se faisait d'après la loi Salique. Mais, comme on l'a fait observer, en admettant qu'une telle stipulation vienne de la loi Salique, quel rapport y a-t-il entre un semblable usage et l'institution contractuelle?

nous avons déjà analysé, a une analogie frappante avec le titre XLVIII, *De homine qui sine heredibus moritur*, de la loi Ripuaire. Voici la traduction de ce dernier texte : « Si quelqu'un, n'ayant ni fils ni fille, veut donner toute sa fortune, en présence du roi, soit le mari à sa femme, soit la femme à son mari, soit enfin un parent à un autre, ou même à un étranger, il peut, d'après la loi des Ripuaires, adopter en hérédité (*adoptare in hereditatem*) ou transmettre ses biens, soit par l'écriture, soit par la tradition et en employant des témoins. » L'analogie est évidente, mais elle n'exclut pas certaines différences. Ainsi, d'après la loi Salique, l'institution devait se faire dans le mall ou devant le roi. La loi Ripuaire ne parle que du roi, *in præsentia regis*. Chez les Francs Saliens, le titre d'héritier est conféré au moyen d'une pantomime symbolique, l'investiture est couronnée de formes matérielles. Chez les Francs Ripuaires, la disparition de la rudesse des formes témoigne d'une civilisation plus avancée. Le donateur peut recourir à l'écriture, transférer son hérédité par acte écrit, *per scripturarum seriem*; la tradition n'est plus que facultative, et ainsi se réalise un nouveau progrès dans la formation de l'institution contractuelle. La mise en possession immédiate, formalité opposée à la nature de l'institution contractuelle, existait dans la loi Salique; elle n'est plus absolument nécessaire dans la loi Ripuaire, elle peut être remplacée par un simple acte, sans tradition.

Voici donc un progrès, voici l'agrégation d'un nouvel élément pour composer l'institution contractuelle. L'institué acquiert, du vivant de l'instituant, un droit assuré, irrévocable, à l'hérédité. Il est comme l'héritier du sang, il est même davantage ; car, d'après la *Lex Rothar.*, 173, non-seulement le donateur ne peut faire une nouvelle institution au préjudice du premier institué, mais encore il lui est interdit d'aliéner ses biens, si ce n'est pour cause de misère, et en offrant à l'institué la préemption. Enfin l'institution se fait par simple contrat, non suivi de mise en possession.

Le titre XLVIII de la loi Ripuaire n'avait pas échappé aux recherches des jurisconsultes. Mais il avait été mal interprété avant les érudites élucubrations de l'école historique moderne. De Laurière et Merlin n'ont vu dans l'hypothèse de ce titre qu'une adoption. Leur erreur provient de ces mots : *adoptare*

in hereditatem ; il est à observer, en effet, d'après une formule de Marculf (11, 13), que les institutions contractuelles étaient fort souvent l'accessoire, le complément des adoptions. Mais nul doute que de Laurière ne se soit mépris sur le sens du texte de la loi Ripuaire. Car, s'il s'agissait d'une adoption pure et simple, on ne comprendrait pas que cet acte, comme le porte le texte lui-même, pût être fait entre époux (*sive vir mulieri, sive mulier viro*). Il ne faut donc y voir qu'une disposition d'hérédité, irrévocable, par contrat.

Avant de quitter l'époque barbare qui forme la première période de l'histoire de notre droit français, nous devons dire quelques mots de l'institution contractuelle d'après les capitulaires.

Les capitulaires relatifs à la législation civile furent un nouvel élément jeté par Charlemagne et ses successeurs dans une société où commençaient à s'agiter tant de lois et de coutumes diverses. Quelques-uns de ces monuments législatifs vinrent combattre les lois Salique et Ripuaire, et les soumettre à l'action civilisatrice du christianisme et des lois romaines : dans sa lutte contre les anciens usages nationaux, l'autorité des Carlovingiens s'inspira toujours des idées de progrès et de civilisation.

Or, un capitulaire de l'an 803 (cap. IV, § 7) porte : « *Qui filios non habuerit et alium quemlibet heredem facere sibi voluerit, coram rege, vel comite, vel scabinis, vel missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in provincia fuerint ordinati, traditionem faciat.* »

Cette disposition rappelle le titre XLVIII de la loi Ripuaire. Elle permet l'institution d'héritier contractuelle à celui qui est sans enfants, *qui filios non habuerit.* L'institution d'héritier qui, d'après cette dernière loi, devait être faite en présence du roi, pourra, suivant le capitulaire, s'opérer devant les délégués de l'empereur, devant ses comtes, ses échevins, ses *missi dominici.* Il n'est plus question, à cette époque, des assemblées nationales, des malls légitimes de la loi Salique. Charlemagne a entrepris de donner à la royauté franque le caractère de la royauté impériale, de ressusciter l'administration romaine, et, suivant l'expression de M. Guizot, cette omniprésence du pouvoir impérial sur tous les points, qui avait fait la force de ce grand despotisme.

Mais nous ne pouvons croire qu'en indiquant la tradition comme mode de se donner un héritier, le capitulaire de l'an 803 ait exclu l'écriture, la *scripturarum series* de la loi Ripuaire. Rien ne l'indique. C'est à tort que, dans une dissertation, excellente d'ailleurs, insérée dans la *Revue de Législation* (t. II, p. 12 et suiv.), M. Eschbach prétend que Karle le Grand, en exigeant la tradition d'une manière exclusive, ramena l'institution contractuelle aux conditions matérielles de la loi Salique. Cette manière de voir heurte ouvertement l'esprit général des capitulaires, tel que nous l'avons défini, et ne s'accorde guère avec les reproches de réserve et de timidité adressés à Charlemagne par son biographe Eginhard, à propos des modifications et additions législatives aux lois Salique et Ripuaire. Selon nous, le capitulaire que nous avons rapporté a eu pour but d'indiquer non pas la forme unique suivant laquelle l'hérédité pourrait être transférée contractuellement, mais les magistrats devant lesquels cette translation pourrait s'effectuer, à cause des changements apportés dans l'organisation politique. Quoi qu'il en soit, le capitulaire de l'an 803 témoigne d'une manière irrécusable de la conservation de l'institution contractuelle et nous permet d'en suivre les traces non interrompues jusque dans le neuvième siècle.

Nous arrivons à l'époque féodale. La féodalité reçoit du droit germanique et des capitulaires de la seconde race les pactes sur les successions non ouvertes. Elle va s'en emparer et les accommoder aux nécessités de son existence. Sous son influence, l'institution contractuelle se forme, se précise et se compose la physionomie que nous lui trouverons à l'origine de notre droit coutumier. Etudier cette nouvelle phase, c'est donc assister à l'enfantement véritable de l'institution contractuelle.

Du jour de la déclaration légale de l'hérédité des bénéfices (capitulaire de Charles le Chauve, 877), date, on peut le dire, l'avénement de l'élément féodal dans notre histoire. La féodalité se constitue sur cette base, à la faveur de l'affaiblissement de l'autorité des Carlovingiens. La condition des personnes est assujettie à la condition des terres. La souveraineté se morcelle; le roi n'a plus qu'un pouvoir nominal. Propriétaire du sol, le seigneur exerce sur les habitants presque tous les droits de puissance. La société présente l'aspect d'une vaste association hiérarchique, où le supérieur et l'inférieur, le souverain

et le vassal sont unis par des devoirs et des services réciproques.

De toutes les obligations imposées au vassal envers son suzerain, la plus générale, celle que l'on peut regarder comme le fondement même des relations des possesseurs de fiefs entre eux, c'est assurément l'obligation du service militaire. *Domino guerram faciente, vasallus eum adjuvare tenetur* (Feud., liv. II, tit. XXVIII). Le vassal est l'homme d'armes du seigneur, tenu d'obéir à ses réquisitions : le vassal est un soldat. Aussi, au douzième siècle, lorsque, sous l'impulsion féconde de l'école de Bologne, la renaissance de l'étude du droit romain enrichit de gloses savantes les textes de Justinien, on se demanda si on ne pourrait pas appliquer aux possesseurs de fiefs les priviléges que les lois de Rome avaient concédés aux soldats. Les glossateurs, voyant dans la loi 13, Cod. *De pactis*, un pacte sur succession réciproque, voulurent le permettre aux soldats de cette époque, c'est-à-dire aux possesseurs de fiefs. Au quatorzième siècle, Barthole, dans son commentaire sur cette loi, dit : « *Pactum de succedendo invicem non habet vim ultimæ voluntatis, nisi inter milites... Quæritur an ista lex procedat in militibus nostri temporis.* » Cette question ne comportait pas le moindre doute. Elle fut résolue par les glossateurs, et, à leur suite, par les feudistes dans le sens de l'admission de l'institution d'héritier par contrat. C'est pourquoi nous voyons plus tard, dans les *Decisiones Nicolai Boerii* (204, IV) : « *Et tamen favore militiæ valet donatio hereditatis collata post mortem, etiam quando miles donavit tanquam hereditatem.* » Il n'y avait là rien que de naturel : c'était la confirmation d'un usage préexistant depuis longtemps, fondé sur les coutumes barbares et sur les capitulaires ; c'était le droit de cité accordé aux pactes sur succession future dans les mœurs féodales.

Voyons comment ils y furent traités.

L'une des principales conditions d'existence de la féodalité c'était d'assurer le service des biens donnés en fief, de les soustraire à toute vacance de possession. La perpétuité de l'association féodale était à ce prix. Il ne fallait pas que le fief revînt au seigneur ; le suzerain lui-même y était intéressé, à cause de la conservation de ses prérogatives, telles que le droit au service militaire, aux aides, le droit de relief (*relevium*), de rachat

(*reaccapitum*), de lods et ventes, etc... De là, dans les relations féodales, plusieurs usages ayant pour but d'assurer la conservation et la desserte continue des fiefs. Ainsi le mineur, héritier du vassal, est admis à faire hommage, nonobstant son incapacité, afin que la possession du fief ne soit pas interrompue. Les ascendants ne succèdent pas aux fiefs ; car, comme dit Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XXXI, ch. XXXIV) : « Il fallait que le fief fût servi ; mais un aïeul, un grand-oncle auraient été de mauvais vassaux à donner au seigneur. Le fief devait être possédé par une personne capable de porter les armes. Le droit d'aînesse s'établit dans la succession des fiefs. »

Le seigneur a le droit d'offrir un mari à l'héritière du fief (*maritagium*) ; car ce mari doit être vassal[1].

Suivant une ordonnance de saint Louis, ceux qui ont le bail d'une fille héritière d'un fief donneront assurance au seigneur qu'elle ne sera mariée que de son consentement. Si le vassal veut marier son héritier présomptif sans le consentement du suzerain, la coutume a introduit au profit du suzerain le droit de s'opposer au mariage.

Le suzerain intervient dans ces alliances où ses intérêts sont engagés. Il y fait régler la succession au fief. Le contrat qui est dressé assure un héritier au vassal actuel, un nouveau vassal au suzerain. Le contrat de mariage contient une institution contractuelle d'héritier. Le fief sera servi par l'héritier contractuel.

Voici en quels termes Montesquieu constate ce fait : « Les fiefs étant héréditaires, les seigneurs, qui devaient veiller à ce que le fief fût servi, exigèrent que les filles qui devaient succéder aux fiefs, et, je crois, quelquefois les mâles, ne pussent se marier sans leur consentement : de sorte que les contrats de mariage devinrent pour les nobles une disposition féodale et une disposition civile. Dans un acte pareil, fait sous les yeux du seigneur, on fit des dispositions pour la succession future, dans la vue que ce fief pût être servi par les héritiers : aussi les seuls nobles eurent-ils d'abord la liberté de disposer des successions futures

[1] « Quant le seignor veaut semondre ou faire semondre, si comme il doit, feme de *prendre baron*..., celui que il a establi en son leue, doit dire enci : « Dame, je vous cuffre de par monseignor trois barons ; et vous se- « mons, de par monseignor, que dedans tel jour, aiès pris l'un des trois « barons que je vous ai només. » (*Assises de Jérusalem.*)

par contrat de mariage, comme l'ont remarqué Boërius et Aufrerius. » (*Esprit des lois*, liv. XXXI, ch. XXXIV.)

Ainsi, c'est grâce à l'intérêt féodal que l'institution contractuelle fut admise dans le contrat de mariage. Ce résultat est important. L'institution contractuelle nous apparaît enfin avec tous ses éléments constitutifs que nous avons lentement recueillis dans l'ordre des temps. Nous pouvons maintenant contempler l'édifice dans toute l'étendue avec laquelle il a été légué aux âges suivants. C'est la féodalité qui a assisté à son achèvement.

Mais tout n'est pas dit encore. L'édifice est reconstitué : il nous reste à suivre les modifications qu'il a subies et les besoins auxquels il a successivement répondu.

Après avoir pris place dans les contrats de mariage, l'institution d'héritier s'y maintient et s'y fixe fortement. Quand la féodalité proprement dite, s'affaissant sous la triple pression du pouvoir monarchique, des communes et des guerres sanglantes, se transforme en aristocratie de naissance et constitue l'ordre de la noblesse, l'institution contractuelle sert, non plus à la transmission anticipée des fiefs, mais à la conservation des biens, à la splendeur du nom dans les familles nobles. Elle entre dans le même système de combinaisons aristocratiques que les renonciations des filles à la succession de leurs parents, que les reconnaissances et déclarations d'aîné et principal héritier.

Un contrat de mariage, passé en l'an 1425 dans la province d'Auvergne et rapporté par Baluze dans son *Histoire de la maison d'Auvergne*, contient la renonciation de la fiancée à la succession de son père, et il est dit que cette renonciation a eu lieu « *eu égard aux priviléges des barons et nobles des grands hosteaux d'Auvergne, particulièrement de l'hôtel du Dauphin, lesquels pour la conservation de leurs nom et armes, grandeur de leur hôtel et état, et les frais qu'ils font pour servir bien armés à la tuition du royaume et de la chose publique, ont coutume d'instituer leur fils aîné leur héritier universel.* »

Il n'est plus question, au quinzième siècle, de soutenir la hiérarchie féodale. L'institution contractuelle est employée pour favoriser les alliances de la noblesse et ajouter à l'éclat des grandes familles.

C'est pourquoi plusieurs auteurs anciens, entre autres Lebret, le président Bouhier, Hervé, Boërius, Aufrerius et Benedictus,

s'accordent à dire que les institutions contractuelles n'avaient lieu originairement qu'entre nobles, *inter nobiles*. C'est avec ce caractère qu'elles passeront dans la rédaction de quelques coutumes; et nous ne devrons pas être étonnés de voir qu'elles ne sont admises par la coutume d'Anjou (art. 245) et par celle du Maine (art. 262) que de la part d'homme ou de femme noble dans le contrat de mariage de leurs descendants.

En entrant dans les contrats de mariage, les pactes de succéder, si nécessaires pour la desserte des fiefs, si utiles pour la puissance de la noblesse, ne disparurent pas tout d'abord des autres actes de la vie civile. D'après le témoignage des anciens coutumiers, ils existèrent à l'état d'institution générale et sans restriction jusqu'à la rédaction des coutumes. On peut voir, à ce sujet, le *Conseil* que Pierre de Fontaines donna *à son ami*, vers l'an 1253 (ch. xv, § 7) Masuer (*Practica forensis*, t. XXXII, n° 16), et Benedicti (sur la décrét. *De Testam. cap. Raynut. sect. duas habens filias*, n° 200). D'où vient donc que, dans nos coutumes des quinzième et seizième siècles, les pactes de succession future se trouvèrent cantonnés dans les contrats de mariage?

C'est que l'usage de ces conventions avait depuis longtemps un ennemi : c'était le droit romain. Au milieu du tourbillon des lois et des coutumes barbares qui avaient agité le droit de notre pays pendant le moyen âge, un élément s'était conservé, vivace et plein d'avenir. Déposé dans le Code Théodosien et le Bréviaire d'Alaric, cultivé même en Normandie, au milieu du onzième siècle, si l'on en croit ceux qui prétendent qu'il fut enseigné par Lanfranc, à l'abbaye du Bec, il avait annoncé aux esprits qu'il fallait encore compter avec lui, et manifesté sa durée par certaines œuvres de jurisprudence, notamment par les *Petri Exceptiones*. A l'époque de ce qu'on est convenu d'appeler sa renaissance, son étude excita une noble ardeur qui alla toujours s'augmentant. La sollicitude du pape Honorius III pour l'enseignement du droit canonique en fut alarmée (1220, *Super decretalis*, etc.). Armés du droit romain, les légistes combattirent la féodalité dans l'ordre politique et judiciaire. Les praticiens du treizième siècle portèrent leur attention simultanément sur les coutumes nationales et sur le droit romain. Le *Conseil* de de Fontaines, que nous citions tout à l'heure, n'est qu'un parallèle entre les deux législations. Dès lors s'établit une lutte entre les

lois romaines d'un côté et les principes des coutumes territoriales de l'autre. Cet antagonisme se révéla d'une manière particulière dans les pactes sur succession future. Les romanistes voulurent les anéantir sous l'autorité prohibitive des lois romaines. Nous avons indiqué, au début de cette revue historique, à quel point la législation de Rome était hostile aux conventions sur successions non ouvertes. Mais ces conventions avaient pris racine dans les mœurs de la société depuis plusieurs siècles; elles se trouvaient sous la protection du droit féodal. Il fallait, pour les combattre avec avantage, que les sectateurs du droit romain jouissent de l'autorité législative, ou d'une influence analogue : c'est ce qui arriva lors de la rédaction des coutumes.

Les commissaires chargés d'assister à cette rédaction outrepassèrent leur mandat : ils devaient uniquement, suivant les expressions de Ferrières, y contribuer de leur présence, afin qu'il ne se passât rien de contraire aux intérêts du roi et de l'État; et ils imprimèrent leur génie, leurs dispositions personnelles à la rédaction! Or, ils étaient pour la plupart de fervents romanistes. Ils n'eurent pas de peine à triompher de l'institution d'héritier par contrat. Défenseurs de celle-ci, les feudistes lâchèrent pied sur tous les points, excepté sur le contrat de mariage. La faveur des alliances nobles, telle fut la raison qu'ils opposèrent comme dernier retranchement. Aussi l'institution contractuelle fut-elle emprisonnée dans les conventions matrimoniales. La seule coutume de Berry osa l'y poursuivre[1]; chez elle, l'esprit du droit romain fit taire en partie les priviléges du contrat de mariage. « *Mais*, comme le fait observer Guy Coquille, *l'auteur d'icelle coutume était M. le président Lizet, grand sectateur de droit romain.* » C'est donc à l'influence romaine qu'il faut rapporter la relégation de l'institution contractuelle dans le contrat de mariage. Cette opinion est aujourd'hui généralement admise; elle a été développée par M. Eschbach, dont nous avons déjà cité le remarquable travail.

[1] La coutume de Berry ne rejetait en réalité, comme le fait remarquer la Thaumassière, que les institutions contractuelles universelles faites par les futurs époux au profit l'un de l'autre, ou en faveur des descendants de leur mariage. Elle admettait les convenances de succéder à titre particulier faites par des étrangers en faveur des futurs époux ou de leurs descendants. (Art. 5, 6, 7 du titre VIII de cette coutume. Arrêt d'avril 1642.)

Cependant, comme un arbre dont on a émondé les branches parasites, l'institution contractuelle, renfermée dans le contrat de mariage, acquiert plus de vigueur et cherche à se propager et à s'étendre. Un travail de réaction s'opère alors au détriment du droit romain. Les pays restés plus particulièrement fidèles à ce droit, ceux qu'on appelle pays de droit écrit, acceptent l'institution d'héritier par contrat de mariage. Ce fait apparaît d'une manière incontestable, même au commencement du seizième siècle. Dans une coutume locale rédigée en 1510, il est dit : « *La ville de la Chaise-Dieu, combien qu'elle se régisse par droit écrit, toutefois ont accoutumé que les convenances de succéder et autres apposées ès contrats de mariage et associations, sont valables.* » Dès lors, l'institution contractuelle ne tarde pas à devenir de droit commun dans toute la France; c'est une coutume générale admise dans le Midi aussi bien que dans le Nord. Les ordonnances royales l'approuvent et confirment la généralité de son établissement.

Telles furent l'origine et la formation progressive de l'institution contractuelle. Pour dominer tout ce qui précède d'un point de vue synthétique, nous pouvons répéter ici ce qu'écrivait M. Benech : « *En résumé, il résulte des faits historiques que le germe de l'institution contractuelle réside dans les lois germaniques; que ce germe fut puissamment développé par la féodalité; enfin, que son action fut, au contraire, contenue par le droit romain, et sa sphère d'action limitée dans le contrat de mariage*[1]. »

Nous allons exposer maintenant les règles principales auxquelles fut soumise l'institution contractuelle dans notre ancien droit.

DEUXIÈME PARTIE.

DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE D'APRÈS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Les anciennes lois barbares apportées en Gaule par l'invasion germanique étaient des lois personnelles. Le Ripuaire avait sa

[1] *De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code Napoléon.* Communiqué à l'Académie de législation dans ses séances des 3 et 31 mars 1852.

loi, le Salien la sienne. Le Burgonde obéissait à la loi Gombette; le Wisigoth à la *lex romana Visigothorum*. Un tel état de choses ne pouvait subsister avec la féodalité. Comment concilier l'immobilisation et l'isolement de la puissance dans le fief héréditaire avec la mobilité et la fusion incessante des races? l'uniformité d'un gouvernement local s'appesantissant à la fois sur les hommes et la terre, les identifiant sous un même joug, avec la diversité de lois personnelles se pliant, sans distinction de lieux, à l'infinie variété des nationalités individuelles? C'était impossible. Dès que la souveraineté et la propriété furent confondues, le seigneur, maître de la juridiction dans toute l'étendue de sa terre, n'interrogea pas l'origine de ses subordonnés pour appliquer à chacun sa loi. Il s'attacha à la loi du plus grand nombre ; et celle-ci, conservant son autorité par la fréquence de son application, se transforma par degrés, changea sa personnalité en réalité ; elle ne fut plus la loi de tel individu, elle devint la loi de la coutume, la loi de la terre et de tous ceux qui y résidaient, et ainsi s'opéra la transfusion des lois personnelles dans le système des lois terriennes (*lex terrena*), des coutumes réelles.

Ces coutumes, qui avaient pris naissance avec la féodalité, variaient entre elles à tel point que Beaumanoir disait dans sa Coutume de Beauvoisis : « *Chaque seigneurie a son droit civil, et, dans tout le royaume, il n'y a peut-être pas deux seigneuries qui soient gouvernées de tout point par la même loi.* » Cette différence des coutumes s'explique par la diversité des mœurs et des habitudes des peuples. Elle s'explique encore par la multiplicité des sources; car les lois germaniques, les lois canoniques, le droit romain de Justinien employé comme complément par nos praticiens du treizième siècle, le droit féodal, tous ces éléments à la fois ont concouru à constituer le droit coutumier.

Au milieu de ces traditions confuses, l'erreur était inévitable, la mauvaise foi trop secondée. Il devenait indispensable de fixer les coutumes par écrit. Des travaux particuliers eurent lieu dans ce sens, au treizième et au quatorzième siècle. Mais ils étaient sans caractère officiel et incomplets. Nos rois voulurent fournir une règle sûre aux administrateurs de la justice. Charles VII, le premier, ordonna la rédaction des coutumes du royaume (ordonn. de Montils-les-Tours, 1453). Elles furent écrites à la fin

du quinzième et au commencement du seizième siècle, par les soins principalement de Charles VIII, Louis XII et François Ier.

C'est dans le droit de ces coutumes écrites que nous avons à étudier l'institution contractuelle.

Pour être nombreuses et différentes, les coutumes n'en contiennent pas moins certains principes généraux. Voilà pourquoi, dans le silence d'une coutume sur un point, on s'en référait à l'autorité des coutumes voisines. Il y avait des maximes coutumières communes qui donnaient à nos coutumes un air de famille, qui établissaient, au sein même de la diversité des dispositions particulières, une certaine unité, et, pour ainsi dire, une identité d'esprit. (Dumoulin, *De concordia et unione consuetudinum Franciæ.*) Cette espèce de fusion se manifeste dans la révision des coutumes, et peut surtout être remarquée dans la coutume de Paris, rédigée en 1510 et réformée en 1580. C'est sur cet ensemble de principes et d'institutions communes que reposait l'espérance que la France, suivant les expressions de Loisel, «*se pourrait enfin réduire à la conformité, raison et équité d'une seule loi, coutume, poids et mesure.*» C'est enfin ce droit commun coutumier qui constituait, à vrai dire, le signe caractéristique des pays de droit coutumier. Car la différence entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers résidait précisément dans le droit commun des uns et des autres : ici, le droit commun coutumier; là, le droit romain.

Cette séparation entre le nord et le midi de la France, dont il faut tenir compte dans la plupart des matières de notre droit, est ici sans vérité. Nous ne voulons pas dire que les pays de droit écrit et ceux de coutume fussent, quant à l'institution contractuelle, soumis aux mêmes règles. Nous aurons, au contraire, à signaler entre eux plusieurs différences importantes. Mais l'institution contractuelle ayant été reçue avec faveur par les Parlements de droit écrit eux-mêmes, il s'agit ici d'un usage général, admis non-seulement dans les pays du nord, mais encore dans ceux du midi, non-seulement dans les coutumes qui s'en expliquent formellement, mais dans le ressort de celles qui n'en disent rien.

Nous traiterons donc de l'institution contractuelle d'après le droit commun des pays coutumiers.

Pour l'institution contractuelle, le droit commun se forme principalement des dispositions des coutumes où elle fut for-

mellement reçue et réglementée avec développements. De ce nombre sont : la coutume d'Auvergne, celle du Bourbonnais, qui servait à combler en cette matière le silence de la coutume de Paris, celle de la Marche et celle du Nivernais.

Aussi, pour dire en passant quelques mots sur la question bibliographique, c'est dans les commentateurs de ces coutumes qu'il faut chercher l'interprétation des anciennes règles sur l'institution contractuelle : on peut consulter avec fruit Chabrol sur la coutume d'Auvergne ; Auroux des Pommiers, Ricard et Lebrun pour celle du Bourbonnais ; les notes de Dumoulin sur les coutumes de Bourbonnais, d'Auvergne et de Nivernais ; Coquille, Boucheul et de Laurière. Le sujet se trouve traité *ex professo* dans ces deux derniers auteurs. Nous n'en reprendrons pas l'exposition dans les mêmes proportions ; mais, resserrant notre cadre d'après les limites qui nous sont imposées par l'utilité actuelle, nous nous efforcerons de mettre en lumière les traits les plus saillants et les plus nécessaires à connaître.

I. — De la nature de l'institution contractuelle.

L'institution contractuelle est un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de mariage par des pères et mères ou même par des étrangers, au profit de l'un des conjoints ou des enfants qui doivent naître du futur mariage.

Le droit coutumier s'était singulièrement écarté du droit romain, relativement à l'institution d'héritier. D'après le droit romain et la jurisprudence des pays de droit écrit, les dispositions testamentaires avaient pour base, pour condition essentielle de validité, l'institution d'héritier (*caput et fundamentum testamenti*) ; l'héritier institué représentait seul le défunt, succédait seul à sa personne, avait seul la saisine. Dans les pays de coutume, au contraire, les liaisons du sang et de la nature l'avaient emporté sur la volonté individuelle. A la maxime romaine : *Dicat testator et erit lex*, on opposait celle-ci : *Solus Deus heredem facere potest, non homo*. On ne pouvait point nommer un héritier : *Institution d'héritier n'a point de lieu.* La loi seule faisait ou plutôt désignait l'héritier. C'est à lui, c'est à cet héritier naturel qu'appartenait la saisine ; seul il pouvait continuer la personne du défunt. Dans cet ordre de choses, l'institution contractuelle

se présente comme une exception. En pays coutumier, le contrat de mariage a le privilége de créer un héritier. Institution d'héritier ne vaut, sinon en faveur des mariés par le contrat de leur mariage. De là le nom d'institution contractuelle universellement admis dans notre ancien droit, et marquant la réunion dans une même disposition de deux éléments opposés : le testament, acte unilatéral de volonté ambulatoire, et la donation entre vifs, acte conventionnel de volonté irrévocable.

C'est de ce mélange de caractères contradictoires qu'est née la difficulté de déterminer la véritable nature de l'institution contractuelle. Est-ce une donation à cause de mort, est-ce un testament? est-ce une donation entre vifs? Ou plutôt n'est-ce pas une disposition *sui generis?*

« Plusieurs auteurs, dit Furgole, ont parlé des institutions contractuelles et en ont expliqué les effets; mais je n'en ai trouvé là aucun qui en ait expliqué et développé exactement la nature. »

Cette question si controversée n'est pas de vaine curiosité; la réponse doit influer sur la solution de divers cas particuliers.

De Laurière, Coquille, Ricard, regardaient l'institution contractuelle comme une donation à cause de mort. Les motifs qu'ils en donnaient sont : que l'une comme l'autre est révoquée par le prédécès de celui qui est gratifié; que l'institution contractuelle a trait de temps, c'est-à-dire est suspendue, quant à son exécution, jusqu'à la mort de l'instituant; que l'instituant se préfère à l'institué et préfère l'institué à son héritier.

Lebrun, tout en reconnaissant que l'institution contractuelle a quelques rapports avec la donation à cause de mort, pensait cependant qu'elle approche beaucoup plus de la donation entre vifs, et que, comme un acte qui participe de deux natures doit être réputé de celle dont il tient le plus, l'institution contractuelle est une donation entre vifs, *a nobiliori parte*. En effet, elle est irrévocable. L'instituant ne peut faire une nouvelle institution ; il renonce à la faculté de disposer à titre gratuit et universel de tout ou partie de ses biens. Il paraît même que dans les pays de droit écrit et sous l'empire de quelques coutumes (Touraine, art. 252 ; Loudunois, art. 4, chap. XXVI ; Maine, art. 262), l'instituant abdique la faculté d'aliéner, même à titre onéreux, les biens qu'il possédait au moment de l'institution. Dans ces

provinces, l'institution contractuelle est surtout considérée comme une donation entre vifs.

Suivant le professeur Rousseau, l'institution contractuelle est une donation entre vifs ayant pour objet le titre et la qualité d'héritier, lorsque la succession de l'instituant sera ouverte.

Quelques auteurs la regardent comme un testament irrévocable, parce qu'elle fait un héritier.

Domat et Furgole considéraient toutes ces opinions comme également extrêmes. Le premier proposait une solution pour ainsi dire éclectique (titre des Successions, *Lois civiles*, préface). Il disait que l'institution contractuelle ayant sa nature mêlée de celle des testaments et de celle des conventions, on doit distinguer en chaque difficulté si c'est par les règles des conventions ou par celles des testaments qu'on doit la résoudre. Furgole, à son tour, n'était pas fort éloigné de cet avis, puisqu'il écrivait : « C'est une manière de disposer ou une convention que quelques auteurs ont appelée avec raison *amphibie*, qui constitue une classe à part et qui a ses règles particulières. »

Quant à nous, obligé de nous prononcer sur cette question, nous trancherons la difficulté, en disant avec Furgole que l'institution contractuelle n'est, à proprement parler, ni donation entre vifs, ni donation à cause de mort, ni testament, mais un contrat *sui generis*, complexe dans ses caractères, et, avec Domat, qu'il faut emprunter à la variété de ces caractères mêmes la solution des difficultés que le détail de l'application peut faire naître.

II. — Dans quels actes peut-on faire une institution contractuelle ?

En règle générale, l'institution contractuelle ne peut être faite que par contrat de mariage. Stérile et inefficace par elle-même, c'est du contrat de mariage qu'elle tire son existence et sa validité.

Nous avons déjà indiqué les événements à la suite desquels l'institution contractuelle fut reléguée dans le contrat de mariage. Mais pourquoi le contrat de mariage eut-il l'insigne privilége d'être susceptible de recevoir une institution d'héritier ?

C'est, tous les auteurs sont univoques sur ce point, parce que « l'institution d'héritier n'étant pas de notre droit coutumier, et l'institution contractuelle étant également contre le droit, on ne

l'a admise que par la faveur des mariages. » Nous savons ce qu'il faut penser de cette raison. Nous n'y reviendrons pas.

Comme le fait observer Dumoulin (Coutume d'Auvergne, chap. XIV, art. 26), il ne suffit pas que l'institution soit faite en contemplation d'un mariage à célébrer, il faut encore qu'elle soit faite par le contrat de mariage, ou du moins dans un acte qui, quoique séparé de ce contrat, s'y rapporte, s'y incorpore et soit censé en faire partie. « *Nec sufficit quod fiat in favorem, sed quod in ipso contractu, ut sit pars pactorum dotalium.* » Que si elle n'a pas lieu *in continenti juxtà contractum matrimonii*, elle sera nulle suivant le droit commun. Voilà pourquoi un arrêt du Parlement de Toulouse décida que le père ayant substitué après coup à une donation en contrat de mariage à son fils, le premier enfant mâle, et de lui au second, les substitués étaient irrecevables à vendiquer, sous prétexte de la substitution, les biens aliénés par le donataire.

D'après notre droit coutumier, le contrat de mariage ne peut être passé qu'avant la foi baillée et la bénédiction nuptiale. D'après la jurisprudence des pays de droit écrit, les époux avaient, même après la consommation du mariage, la liberté de stipuler le règlement de leur association quant aux biens. « *Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet.* » (Loi 1, ff. *De pactis dotalibus*). Entre ces deux usages, quel était le meilleur? Si l'on tient compte des caprices et des faiblesses du cœur humain, de l'intérêt des tiers et des nécessités du crédit, on ne peut que se décider en faveur du droit coutumier. Quoi qu'il en soit, dans les pays de coutume, on ne regardait comme valable que l'institution contractuelle faite avant le mariage. Et cela était rationnel. Indépendamment de ce que les conventions matrimoniales doivent précéder la célébration, pourquoi, lorsque le mariage a été conclu, permettre une dérogation au droit commun, qui n'est admise qu'en vue de faciliter et d'amener cette conclusion? « *Ubi matrimonium contractum est, nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur.* » (Favre, *De erroribus pragmat.* Dec. 38, err. 6, n° 6).

Dans les pays de droit écrit, il semble qu'on ait dû être obligé de suivre, au contraire, les conséquences du principe suivant lequel le contrat de mariage pouvait être fait postérieurement à la bénédiction nuptiale, et que partant l'institution contractuelle

ait dû être permise, même après le mariage. Cependant il n'en était rien. L'institution contractuelle faite après la célébration, même dans le contrat de mariage, n'était pas irrévocable. Les règles du droit coutumier avaient neutralisé l'influence naturelle des habitudes des pays de droit écrit. En aucun lieu, on ne pouvait instituer contractuellement après le mariage. « *Etiamsi*, dit Dumoulin, *tractatus iste diù præcedat matrimonium, secùs si sequatur.* » (D'Olive, arrêt du Parlement de Toulouse, du 16 juillet 1596. Fernand, Cambolas.)

Brodeau disait : « Entre toutes les conventions des hommes, il n'y en a point qui aient plus de poids, de solidité et de stabilité, ni plus d'autorité, et qui lient plus fortement la société civile que les contrats de mariage. » Aussi les contrats de mariage étaient-ils généralement rédigés devant notaire. Toutefois, certains statuts locaux, notamment la coutume de Normandie, permettaient de rédiger les contrats de mariage sous signatures privées. Il va sans dire que, sous l'empire de ces coutumes, l'institution contractuelle pouvait être faite de cette dernière manière.

A la règle générale suivant laquelle l'institution contractuelle ne peut être faite que par contrat de mariage, il y a plusieurs exceptions.

La principale est celle qui se réfère aux contrats d'association universelle. L'esprit d'association joua un très-grand rôle dans notre ancien droit. Outre les compagnies taisibles des colons et des serfs, il y eut de nombreuses sociétés formées par des hommes libres, notamment pour l'exploitation agricole. Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir passer dans les habitudes nationales les sociétés *universorum bonorum*, dont il ne reste aujourd'hui que quelques vestiges presque entièrement ignorés. C'est dans ce genre de société que s'était introduite l'institution contractuelle. La coutume d'Auvergne en fait foi. « Tous pactes et convenances, dit le chapitre XV, tant de succéder qu'autres quelconques, soit mutuelles ou non, mises et apposées en contrat d'association universelle, faites et passées par personnes capables à contracter, non malades de maladies dont on espère la mort ou que la mort s'en suive de prochain, sont bonnes et valables et saisissent les contrahants, ladite association ou leurs descendants. »

Mais il est permis de douter que cette disposition fût de droit

commun. D'ailleurs l'institution de l'associé survivant, faite dans une association universelle, différait, sous plusieurs rapports, de l'institution d'héritier par contrat de mariage. Elle était éteinte par la dissolution de la société et par la survenance d'enfants. En outre, comme le fait judicieusement remarquer Merlin, elle ne conférait pas, à proprement parler, un droit héréditaire à l'associé survivant : elle dispensait uniquement, par la remise des actions *pro socio et communi dividundo*, du partage des biens dont il était déjà propriétaire par indivis.

Une seconde exception au principe que l'institution contractuelle ne peut être faite que par contrat de mariage est rapportée par Benedicti (*Ad cap. Raynut. sect. duas habens filias*, n° 200) ; l'institution contractuelle est encore valable, lorsqu'elle est faite entre deux frères, hors contrat de mariage.

« Le même auteur, dit Furgole, rapporte plusieurs autres cas où cette convention est valable ; mais je ne pense que hors des lieux où il y a coutume ou usage qui autorise l'institution contractuelle faite autrement qu'en faveur de mariage, on puisse la considérer comme valable et efficace. Coquille disait encore : « Je crois que hors contrat et faveur de mariage, telles convenances de succéder ne valent. »

Nous n'avons à nous occuper que de l'institution d'héritier par contrat de mariage. Les autres espèces d'institution contractuelle sont des excroissances parasites dont l'étude est aujourd'hui sans utilité.

III. — L'acceptation et l'insinuation sont-elles nécessaires ?

L'institution contractuelle n'était soumise ni à la nécessité ni à la forme de l'acceptation des donations entre vifs. La faveur des contrats de mariage demandait cette exemption, afin que les époux ou les enfants ne fussent pas, par suite d'un défaut de formalité, dépouillés d'une libéralité sans laquelle le mariage n'aurait pas vraisemblablement eu lieu. D'ailleurs, le fait seul de la célébration du mariage n'établit-il pas suffisamment que les époux ont accepté, tant pour eux que pour leurs descendants, les donations contenues dans le contrat de mariage ? C'est pourquoi l'ordonnance de 1731 portait dans son article 13 : « Les institutions contractuelles et les dispositions à cause de mort, qui

seraient faites dans un contrat de mariage, même par des collatéraux ou par des étrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation. »

Mais ni le texte des coutumes, ni l'ordonnance de 1731 n'assujettissaient à l'insinuation les institutions contractuelles. De ce silence naissait la question de savoir si l'institution contractuelle, pour être valable, devait être insinuée. Ricard soutenait l'affirmative; le motif pris de ce que l'héritier *ab intestat* pourrait, dans l'ignorance de l'institution, accepter la succession de l'instituant et répondre aux attaques des créanciers, ou bien, en dissimulant l'institution, contracter avec des tiers sur des biens qui devraient tourner au profit d'autrui. Cependant cette opinion était combattue par un grand nombre d'autorités. De Laurière, Lebrun, Coquille, Furgole pensaient que l'insinuation était inutile, parce que cette formalité n'était requise par aucune loi et qu'il ne dépend pas des interprètes d'assujettir un acte à une solennité qu'aucune disposition ne lui a imposée.

IV. — Des effets de l'institution contractuelle par rapport à l'instituant.— De son irrévocabilité. — Qui peut faire une institution contractuelle ?

L'institution peut être universelle ou particulière, comprendre tous les biens du donateur ou seulement une certaine quotité.

Si l'institution est indéfinie, elle s'étend à tous les biens de l'instituant, même à ses propres. (Arrêt de Paris, du 30 août 1700, duc de Chevreuse.)

Le principal caractère de l'institution contractuelle par rapport à l'instituant, c'est d'être irrévocable. Convenance de succéder, elle constitue un contrat. Or, il est de la nature des contrats de ne pouvoir être rompus après leur perfection : *contractus ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* D'ailleurs l'équité commandait que l'instituant fût dans l'impossibilité de se repentir et de discéder de sa libéralité. L'institution par contrat de mariage est la loi des deux familles qui s'allient. Les époux qu'elle gratifie comptent sur elle. Il serait très-dangereux d'autoriser l'instituant à changer les droits et la fortune de ceux qui se sont mariés sur les assurances qu'on leur a données dans un contrat solennel. (Arrêt du 3 août 1735. Plaidoyer de l'avocat général Chauvelin.)

Aussi toutes les coutumes consacraient-elles l'irrévocabilité des convenances de succéder. L'ordonnance de 1747 vint à son tour corroborer ce caractère par son article 12, titre I : « Voulons que lesdites institutions contractuelles soient irrévocables, dans tous les pays où elles sont en usage. »

Mais en quel sens l'institution contractuelle était-elle irrévocable? Quelles étaient, par rapport à l'instituant, les suites de cette irrévocabilité?

Sur cette question, dissidence entre les coutumes. Les unes attribuaient à l'institution contractuelle une irrévocabilité absolue. Les autres relâchaient ce lien en diverses mesures.

D'abord, pas de difficulté en un point. Toutes les coutumes étaient d'accord pour interdire à l'instituant, après le mariage des institués, la faculté de révoquer directement l'institution, et celle de se choisir un autre héritier par contrat ou par testament. « Celui qui a institué aucun son héritier en contrat de mariage et en faveur des mariés ou descendants dudit mariage, ne peut faire autre héritier par testament ou contrat subséquent, quel qu'il soit, au préjudice de l'héritier ou héritiers institués audit contrat. » (Art. 222, coutume du Bourbonnais.)

L'instituant pouvait-il, après le mariage, grever l'héritier institué d'une substitution en faveur de ses enfants ou parents collatéraux? De Laurière soutient l'affirmative ; mais nous préférons, avec Lebrun et Ricard, l'opinion contraire. En effet, qu'est-ce qu'une substitution, sinon une charge, fort onéreuse pour l'institué, puisqu'elle l'empêche d'aliéner les biens sujets à restitution, de disposer en maître absolu des biens substitués? Qu'est-ce qu'une substitution, sinon une restriction, une modification de la libéralité résultant de l'institution? Quand donc elle se produit *ex post facto*, quand elle est postérieure à l'institution, elle porte évidemment atteinte à l'irrévocabilité de celle-ci. Elle doit, dès lors, être déclarée nulle, alors même que l'héritier institué y aurait donné son consentement. (Ainsi jugé, le 31 août 1735, par arrêt en faveur du duc de Villars.)

C'est principalement eu égard aux dispositions particulières faites par l'instituant, postérieurement à l'institution contractuelle, que les coutumes étaient loin de présenter union et concordance. Nous exposerons les systèmes les plus importants.

Le système qui correspondait le mieux au but de l'institution

contractuelle, qui combinait le plus heureusement les intérêts de l'instituant et ceux de l'institué, était ainsi défini par l'article 320 de la coutume de Bourbonnais, qui s'appliquait, comme on sait, dans le ressort de la coutume de Paris : « Institution d'héritier et pacte de succéder faits en contrat de mariage, s'entend seulement des biens qui se trouvent délaissés par le décès du disposant, et n'empêche ladite institution ou convention de succéder que ledit instituant ne puisse aliéner ses biens par contrat entre vifs. » L'institution contractuelle n'est autre chose que la désignation incommutable d'un héritier. C'est un testament irrévocable. L'instituant veut assurer sa succession à l'institué. Celui-ci, pourvu qu'il conserve dans son intégrité le droit abstrait de succession, n'a pas à se plaindre. Il aura les biens que l'instituant laissera à son décès ; car, suivant les expressions de Lebrun, c'est ce moment qui fixe l'état de la succession, de même que l'arrivée du vaisseau qui était allé en voyage fixe le profit du négoce. L'irrévocabilité de l'institution doit avoir trait au titre d'héritier et non à l'émolument que ce titre procure, émolument éventuel et variable. L'instituant peut modifier, diminuer ou augmenter sa fortune; par le bienfait de l'institution, il ne s'est pas lié les mains au point de s'être interdit pour l'avenir la disposition des biens composant son patrimoine. Sans cela, qui voudrait faire une institution contractuelle ? Qui se résignerait, en contemplation d'un mariage désiré, à soustraire sa fortune à toute circulation, en la condamnant à une immobilité complète?

C'est pourquoi plusieurs coutumes, à l'exemple de celle de Bourbonnais, permettaient à l'instituant d'administrer comme un bon père de famille, de contracter de bonne foi, de vendre, d'hypothéquer, de créer des dettes, de faire quelques libéralités entre vifs ou quelques legs à titre particulier, pourvu que ce fût sans fraude : « *Sed non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in suâ quotâ,* » disait Dumoulin sur l'article 222 de la coutume de Bourbonnais; et, dans sa note sur l'article 12 du chapitre XXIX de la coutume de Nivernais, il exprimait le même sentiment en ces termes : « *Si donatio est universalis, vel quotæ successionis, non impedit quin titulo particulari donator disponere possit inter vivos vel in testamento aliàs quam per institutionem.* »

Comme nous l'avons fait observer, les dispositions à titre oné-

reux ou à titre gratuit, pour être maintenues, devraient être exemptes de fraude. Mais comment savoir si celui qui, après avoir fait une institution contractuelle, aliène une partie de ses biens, agit en fraude des droits de l'institué? « Combien, dit Lebrun, y a-t-il de secrètes nécessités qui obligent à vendre et à emprunter, de justes reconnaissances qui obligent à donner! » Cette question devait être abandonnée à l'appréciation des magistrats. La fraude peut être annoncée, tantôt par l'exagération de la libéralité, tantôt par les circonstances où la libéralité se produit. Ainsi, il fut jugé dans la cause du duc d'Epernon contre Mme de Montpensier (arrêt du 25 mars 1599), que si un père, après avoir institué son aîné, faisait en faveur des puînés une donation au delà de leur part afférente, cette disposition était faite en fraude de l'institution, comme diminuant ostensiblement la part promise à l'aîné institué. Mais l'instituant aurait la liberté, nonobstant l'institution contractuelle, de rappeler ses enfants à sa propre succession.

L'irrévocabilité de l'institution contractuelle produisait des effets naturellement plus rigoureux, lorsque l'institution était accompagnée de la réserve de pouvoir disposer jusqu'à concurrence d'une certaine valeur. Alors l'instituant pouvait bien aliéner sans fraude, à titre onéreux; mais il était obligé, quant aux libéralités entre vifs ou testamentaires, de respecter les bornes qu'il s'était imposées à lui-même par sa réserve.

Nous le répétons : toutes ces règles étaient commodes et logiques à la fois. Elles dérivaient de la nature même de l'institution contractuelle qui est un don irrévocable de succession, c'est-à-dire la donation non pas des biens présents, mais des biens qu'on laissera au jour de son décès.

Néanmoins ces règles n'étaient pas universellement admises. Dans certains pays, la liberté de disposition que l'institution contractuelle laissait au donateur était considérablement restreinte. Ainsi la coutume d'Anjou (art. 245) défendait à l'instituant de rien aliéner de ce qui aurait appartenu à l'héritier institué, si la mort eût frappé l'instituant au moment de l'institution, à moins qu'il ne s'agît d'un cas extrêmement grave, comme le rachat de la liberté ou de la vie.

Guy Coquille, sur l'article 12 de la coutume de Nivernais, disait : « Si le père qui marie son enfant l'institue en faveur du

mariage son héritier, il bride sa volonté seulement pour les biens qu'il a alors, pour n'en pouvoir disposer par dernière volonté au préjudice de cette convenance de succéder. Mais quant aux biens qu'il acquiert par après, je crois que sa volonté est libre. »

C'est surtout dans les pays de droit écrit que les droits de l'institué étaient protégés, ou plutôt que ceux de l'instituant étaient annihilés. Peu jaloux de respirer en dehors de l'atmosphère du droit romain, les jurisconsultes du Midi tâchaient d'y rentrer, toutes les fois que les coutumes locales les forçaient de s'en écarter. L'institution contractuelle avait franchi la rive gauche de la Loire ; mais elle n'avait pu vaincre entièrement dans le Midi l'influence des principes romains en matière de pactes sur les successions futures. Elle avait réussi à se faire accepter ; mais on l'avait envisagée non pas sous son véritable aspect, c'est-à-dire comme don de succession, mais comme une donation entre vifs des biens présents et à venir. De ce point de vue découla la conséquence suivante : l'instituant ne peut ni aliéner ses biens, ni les hypothéquer, ni les donner à titre gratuit. Après sa mort, l'institué a le droit de demander l'annulation de toute disposition faite au préjudice de l'institution contractuelle. Conséquence éminemment fausse, non contenue dans le principe erroné de l'assimilation de l'institution contractuelle à la donation entre vifs. Car le donataire de biens présents et à venir est, sans contredit, obligé de respecter les aliénations consenties par le donateur, lorsqu'il ne divise pas la libéralité pour s'en tenir aux biens existants lors de la donation, c'est-à-dire lorsque, comme l'héritier institué, il prend la libéralité au temps de la mort du donateur et le représente tel qu'il était à cette époque.

Aussi cette jurisprudence était-elle combattue même par les auteurs des pays de droit écrit. Furgole, sur l'ordonnance de 1731 (art. 13), essayait d'en montrer les conséquences et les contradictions. « La décision des auteurs du Parlement de Toulouse en cette matière n'est pas juridique indistinctement et dans tous les cas, parce que l'institué est vrai héritier, qu'il représente le défunt en l'état où il était au moment de sa mort, et qu'il est tenu et garant de ses faits et promesses. » Suivant la remarque de Merlin, cette raison est sans réplique ; et il n'y a qu'un moyen d'éviter les anomalies du droit écrit, c'est de dire

avec le droit coutumier que, l'institué représentant l'instituant au moment de sa mort, il est impossible qu'il révoque les dispositions non frauduleuses de ce dernier, parce qu'il a contre lui la règle : « *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* »

Néanmoins, plusieurs juristes et arrêtistes, tels que Duranti, Cambolas, Maynard, reconnaissaient certains cas exceptionnels où les aliénations devaient être permises à l'instituant : 1° pour doter les filles ou payer les légitimes aux autres enfants ; 2° pour payer la valeur du dommage causé par l'instituant ; 3° pour empêcher que l'instituant ne soit puni pour crime ; 4° pour tirer l'instituant de prison ; 5° lorsque l'instituant se comporte en bon père de famille et pour l'augmentation et la conservation de ses biens et de ceux de ses enfants, en achetant, vendant ou échangeant sans fraude tant les meubles que les immeubles ; 6° pour l'entretien de l'instituant et de sa famille ; 7° pour le payement des dettes de l'instituant antérieures au contrat de mariage ; 8° l'instituant pouvait bailler des biens en emphytéose, etc. On peut remarquer l'élasticité de la cinquième exception et le moyen facile qu'elle offrait pour éluder la prohibition générale.

Il semble que cette prohibition, fort gênante par elle-même, devait rendre assez rares les institutions contractuelles dans le Midi, d'autant plus qu'en cette partie de la France l'esprit féodal avait laissé des traces moins profondes, et que les principes du droit écrit y étaient peu favorables aux convenances de succéder. Cependant il n'en était pas ainsi ; et l'on peut dire que, vers la fin du dernier siècle, il n'y avait presque pas de paysan dans le Midi qui, en établissant ses enfants, ne fît une institution contractuelle. On admettait quelques exceptions à la règle de l'irrévocabilité de l'institution contractuelle dont nous venons de parcourir les principales conséquences.

Ainsi, l'institution contractuelle devenait caduque par l'inexécution des conditions sous lesquelles elle avait été faite. C'est sur ce fondement qu'un arrêt du 2 août 1676 déclara qu'une institution émanée d'un père et d'une mère en faveur de leur fille unique, *au cas qu'il n'y eût plus d'autres enfants descendants d'eux,* était résolue eu égard au père par la naissance des enfants qu'il avait eus d'un nouveau mariage.

L'ingratitude de l'institué donnait-elle lieu à la révocation de l'institution contractuelle ? Les auteurs étaient divisés sur la solution de cette question. Les uns, ne tenant compte que du droit commun et de la gravité de l'ingratitude, soumettaient les institutions contractuelles aux mêmes principes que les libéralités ordinaires. Les autres, s'attachant au caractère pénal de la révocation, prétendaient qu'elle ne saurait être admise sans injustice, comme frappant des innocents, d'autant que l'institution est faite non-seulement en faveur de l'époux directement gratifié, mais encore en vue de son conjoint et des enfants à naître du mariage.

Une troisième opinion conciliait ingénieusement ces raisons opposées. C'était celle de Laurière qui, respectant le caractère purement personnel de la révocation, soutenait que l'institué perdait par son ingratitude le bénéfice de l'institution, mais que ses enfants ne devaient pas souffrir des suites de sa faute. Substitués vulgairement, ceux-ci étaient appelés de leur propre chef à la succession de l'instituant.

La disposition de la loi *Si unquam*, C. *De revoc. donat.*, s'applique-t-elle aux institutions d'héritier par contrat de mariage ? On faisait à cet égard une distinction entre l'institution émanée des pères et des mères au profit de leurs enfants et celle faite par un étranger. Dans le premier cas, l'institution n'était pas révoquée par la survenance d'autres enfants, sauf la légitime de ceux-ci. En effet, celui qui institue son descendant ne peut pas dire : *Non est cogitatum de liberis*. Il en serait de même, et à plus forte raison, d'une institution contractuelle faite de conjoint à conjoint. Dans le second cas, l'institution était révoquée par la survenance d'enfants, d'après le droit commun coutumier. Cependant, quelques coutumes, notamment celle de Bourbonnais (art. 225) et celle d'Auvergne (ch. XIV, art. 33), exceptaient de la loi *Si unquam* l'institution contractuelle faite par un étranger : disposition anormale qui ne peut s'expliquer que par la faveur extrême dont jouissait l'institution contractuelle sous l'empire de ces coutumes.

L'ordonnance de Louis XV établit sur ce point une règle précise. Par son article 39, elle voulut que la révocation de plein droit par la naissance d'un enfant du donateur s'étendît à toute sorte de donations entre vifs, même à celles qui seraient faites en

faveur de mariage par autres que par les conjoints ou les ascendants.

Quelle était la capacité requise pour instituer contractuellement ?

Pour faire une institution contractuelle, il faut naturellement avoir la libre disposition de ses biens.

Peu importe, au surplus, qu'on soit étranger aux futurs époux ou qu'on leur soit uni par les liens de la parenté.

Boucheul et Coquille regardaient comme bonne et efficace la convention de succéder faite en contrat de mariage par un époux en faveur de l'autre, non-seulement lorsque les époux se promettent réciproquement leur succession en cas de survie, mais encore lorsqu'une semblable promesse n'est faite qu'au profit d'un seul des conjoints. Quoique cette doctrine ne reçût pas l'approbation de Dumoulin, il est vrai de dire qu'elle était consacrée par un usage général, et que partout on permettait aux époux d'instituer contractuellement.

Un futur époux peut, par son contrat de mariage, instituer contractuellement ses enfants à naître.

Comme l'institution contractuelle est une convention amphibie, un contrat mixte, tenant de la donation entre vifs et de la donation à cause de mort, la question de capacité n'est pas sans difficulté à l'égard des personnes qui sont capables de tester, sans être capables de donner entre vifs.

Ainsi, le plus grand nombre des coutumes avaient établi une différence quant à l'âge requis pour disposer entre vifs et celui qui était fixé pour tester. On pouvait faire un testament avant de pouvoir faire une donation ; car le testament, n'étant pas accompagné de dépouillement actuel et irrévocable, ne produit pas des effets aussi importants que la donation. Fallait-il, pour instituer contractuellement, avoir la capacité nécessaire pour le testament ou celle requise pour la donation entre vifs ? Il semble que la première fût suffisante. Néanmoins, on décidait, et avec raison, que l'une et l'autre étaient indispensables. S'il est vrai que, suivant le système de quelques coutumes, l'instituant ne se dépouille de rien de son vivant, conserve l'administration et la disposition de ses biens, et n'assure à l'institué que le titre d'héritier, il est également vrai que l'institution contient une aliénation fort grave, l'aliénation de la faculté de se choisir un

héritier. Dès lors, il est rationnel d'exiger de la part de l'instituant la capacité nécessaire à celui qui veut faire une disposition entre vifs.

Nous avons déjà dit pourquoi, dans notre ancien droit coutumier, les institutions d'héritier par contrat n'étaient permises qu'aux nobles. Ce privilége fut maintenu dans quelques coutumes rédigées. En effet, celle du Maine et celle d'Anjou déclaraient que les nobles seuls étaient habiles à faire des institutions contractuelles et à en profiter. On peut voir dans le même sens un arrêt du Parlement de Bordeaux rendu en 1592 et rapporté dans Automne, sur la loi 15 C. *De pactis*. Mais cette distinction s'effaça peu à peu. L'ordonnance de 1747 (tit. I, art. 12) consacra un état de choses déjà ancien, en mettant sur la même ligne les nobles et les roturiers : « Voulons que lesdites institutions contractuelles, soit entre nobles ou entre roturiers, soient irrévocables dans tous les pays où elles sont en usage. » Toutefois, il ne faut pas conclure de cette égalité dans le droit à l'égalité dans la pratique. En fait, du moins dans les pays coutumiers, l'institution contractuelle fut et resta toujours l'apanage presque exclusif des maisons illustres de la noblesse.

V. — En faveur de qui peut être faite l'institution contractuelle?

En règle générale, l'institution contractuelle ne peut s'adresser qu'aux futurs époux ou aux enfants à naître de leur mariage : aux futurs époux, puisque le but que se propose l'instituant, c'est de faciliter leur union par une libéralité qui leur assure la perspective de quelques biens ; aux enfants à naître, car l'institution est faite non-seulement en vue du mariage, mais encore en vue de la famille qui en doit provenir.

Au surplus, l'institution peut être bornée au mari ou à la femme, ou bien embrasser les deux époux à la fois. De même, elle peut être restreinte à un des enfants à naître ou les comprendre tous ensemble.

Et cela, quoiqu'ils ne soient pas *in rerum naturâ*, et que par cette raison il y ait défaut d'acceptation de leur part ; car, suivant les expressions de Coquille, « l'espérance de leur naissance est naturelle et consonante à honneste souhait, qui fait qu'elle est considérable et chet en commerce et toute disposition. »

Ces principes sont formellement consacrés par un grand nombre de coutumes, notamment par celle de Bourbonnais (art. 219), par celle de Nivernais (art. 12 du titre *des Donations*), et par celle d'Auvergne (ch. XIV, art. 26).

De ce que l'institution contractuelle ne peut comprendre que les futurs époux et leurs descendants, il résulte que l'institution du fils faite par le contrat de mariage de sa sœur ne serait pas valable.

Guy Coquille se demandait, sur l'article 12 de la coutume de Nivernais, ce que devrait valoir la convenance de succéder faite au contrat de mariage, non-seulement au profit des mariés ou de leurs enfants à naître, mais encore au profit d'autres personnes ; et il répondait en ces termes : « Il est certain qu'à l'égard des autres qui ne contractent mariage, c'est une simple donation pour cause de mort, qui de sa nature est révocable, et ne peut valoir sinon comme legs testamentaire. » Mais cette décision est contraire au droit qui régit les actes de dernière volonté. Une donation à cause de mort est un contrat. Or, suivant de Laurière, il est impossible qu'une institution d'héritier qui émane du testateur seul puisse être regardée comme un contrat. D'un autre côté, comme le fait observer Merlin, pour considérer comme legs l'institution contractuelle faite au profit d'autres personnes que les mariés ou leurs descendants, il faudrait que les testaments où se trouvent des mélanges d'actes étrangers fussent valables, ce qui n'est pas admis en droit coutumier.

On avait cependant trouvé le moyen de faire une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les mariés ou leurs enfants à naître : c'était la clause d'association.

Cette clause consistait en ce que l'instituant chargeait l'institué de s'associer un tiers, ordinairement ses frères et sœurs, pour une certaine quotité. L'association était, suivant les uns, une condition de l'institution ; suivant les autres, une substitution fidéicommissaire. Le tiers associé, quoiqu'il ne se mariât pas et fût par conséquent incapable d'être institué directement, recevait indirectement sa part du bénéfice de l'institution : il venait la demander dans la succession de l'instituant recueillie par l'institué. Mais, ce qui établissait une certaine dissemblance entre l'institution contractuelle proprement dite et la clause

d'association, c'est que cette dernière pouvait, — suivant le témoignage de Furgole et de Lebrun, et parce que la faveur du contrat de mariage qui rend l'institution contractuelle irrévocable ne profite qu'aux conjoints et à leurs descendants, — être révoquée par l'instituant, du moins antérieurement à l'ordonnance de 1747 sur les substitutions, qui rendit irrévocable toute substitution apposée à une institution contractuelle.

Les substitutions contractuelles qui accompagnaient souvent les institutions contractuelles fournissaient un second moyen de faire participer au don irrévocable de la succession de l'instituant des personnes autres que les mariés ou leurs descendants. En effet, les substitutions contractuelles pouvaient être faites en faveur, soit des mariés et de leurs enfants à naître, soit des collatéraux et des étrangers. Quand l'instituant substitue un époux à l'autre, ou bien un ou plusieurs descendants au conjoint institué, la substitution contractuelle forme une seconde institution irrévocable comme la première à laquelle elle est attachée. Que si le donateur, après avoir institué un futur époux, lui substitue un étranger, cette substitution forme une charge de l'institution et est valable comme telle ; car la substitution puise sa force dans la volonté du substituant, et l'ordonnance d'Orléans (art. 59), ainsi que celle de Moulins (art. 57), autorisent les substitutions contractuelles en général, sans distinguer si les substitués sont descendants ou étrangers eu égard à l'institué. Mais il faut répéter ici ce que nous avons déjà dit à propos de la clause d'association : c'est que la substitution contractuelle, faite au profit d'autres personnes que les futurs époux ou leurs enfants à naître, était révocable de la part de l'instituant, du moins antérieurement à l'ordonnance de 1747. N'étant pas motivée par la contemplation de l'union des futurs époux, elle ne peut pas être couverte, comme l'institution, de la faveur du contrat de mariage.

La substitution contractuelle était d'un usage très-fréquent dans notre ancien droit. On l'admettait même dans les coutumes qui réprouvaient les substitutions testamentaires, c'est-à-dire dans les pays par excellence de l'institution contractuelle, dans le Bourbonnais, la Marche et l'Auvergne. Elle corroborait l'effet de l'institution et contribuait puissamment à la prospérité des familles. En effet, l'institué était obligé de conserver jusqu'à sa

mort les biens faisant partie de l'institution et de les rendre, à cette époque, à la personne substituée, c'est-à-dire habituellement à ses enfants, et, parmi ceux-ci, exclusivement à l'aîné. Qui n'aperçoit combien, à l'aide d'un tel moyen, les anciennes maisons nobiliaires pouvaient rehausser leur éclat par l'immensité de leurs possessions territoriales !

Qu'arrivera-t-il si l'institué meurt avant l'instituant ? que deviendra l'institution ? passera-t-elle à tous les enfants de l'époux institué ou à ses héritiers, quels qu'ils soient ?

Au premier abord, il semble que l'institué doive transmettre dans sa succession le droit résultant de l'institution, et que, par voie de suite, cette transmission profite à tous ses héritiers indistinctement, descendants, collatéraux ou étrangers. Il en serait ainsi si l'institution contractuelle était une donation entre vifs pure et simple, le donataire institué étant saisi par son acceptation du droit de succéder au donateur instituant. Mais nous savons que l'institution contractuelle n'était considérée comme donation entre vifs que quant à son irrévocabilité seulement. C'est pourquoi on avait universellement admis que l'héritier institué par contrat de mariage, décédant avant l'instituant, transférait son droit à ses propres enfants et non à toute sorte d'héritiers. L'instituant, en jetant les fondements de l'établissement de l'institué, a bien voulu pourvoir à la prospérité de la famille directe de celui-ci, mais non à celle de ses collatéraux ou des étrangers. Quand donc l'institué meurt avant l'instituant, et sans laisser des enfants, l'institution contractuelle est caduque. Au contraire, quand l'institué prédécédé laisse des enfants, l'institution contractuelle profite à ces derniers (coutume de la Marche, art. 194). Mais remarquons bien que, pour empêcher la caducité, il faut que l'institué laisse des enfants non pas d'un lit quelconque, mais nés du mariage en faveur duquel l'institution a été faite.

Sur quel fondement les enfants de l'institué prédécédé sont-ils appelés à la succession de l'instituant ? Ce n'est pas parce que le droit de l'institué leur a été transmis, puisque l'institué, étant mort avant l'instituant, n'a pas pu succéder à ce dernier. Voici l'opinion de Lebrun sur cette question ; nous l'adoptons sans réserve : « Les enfants de l'héritier contractuel prédécédé sont appelés sur le fondement de la volonté présumée de l'in-

stituant, lequel est réputé avoir voulu pourvoir aux intérêts des enfants à naître, aussi bien qu'à ceux des futurs époux. » Ricard exprime le même sentiment en ces termes : « Il est à présumer qu'on a aussi bien considéré le fruit qui devait provenir du mariage que les personnes qui contractent. Et même les enfants sont la seule cause de la faveur, le mariage n'étant privilégié qu'autant qu'il est considéré comme l'unique moyen de perpétuer les républiques et de fortifier les Etats, ce qui ne s'accomplit que par la production des enfants. » L'institution faite purement et simplement à l'un des conjoints ou aux deux conjoints à la fois est censée renfermer une substitution vulgaire tacite en faveur des enfants à naître. Ceux-ci auraient pu être substitués expressément. La loi suppose qu'ils l'ont été. Aussi viennent-ils *jure suo* à la succession de l'instituant. Ils peuvent se prévaloir de l'institution contractuelle alors même qu'ils renoncent à la succession de l'époux institué. Ils sont censés tenir les biens donnés non de cet époux, mais directement de la main de l'instituant.

De là il résulte que si l'héritier institué contractuellement a nommé un de ses fils son légataire universel, celui-ci ne profite pas seul de l'institution ; tous les enfants ensemble doivent en profiter, le testateur n'ayant pas pu comprendre dans sa disposition testamentaire ce qu'il n'aurait pu transmettre *ab intestat* à des héritiers collatéraux.

La substitution vulgaire des enfants à naître du mariage étant fondée sur l'interprétation de la volonté de l'instituant, il est évident que les enfants issus du mariage de l'institué n'ont aucun droit à la succession de l'instituant après le prédécès de l'institué, si l'institution contractuelle a été formellement restreinte à la personne des futurs époux.

La substitution vulgaire ne doit pas être confondue avec la substitution fidéicommissaire des enfants à naître. La première est caduque, lorsque l'époux institué survit à l'instituant, tandis que la seconde ne peut recevoir son effet que si l'instituant meurt avant l'époux institué.

VI. — Des effets de l'institution contractuelle par rapport à l'institué.

L'institué est un véritable héritier. De même que l'héritier du sang est saisi de plein droit des biens de son auteur, en vertu de la règle : *le mort saisit le vif*, de même l'institué contractuel est saisi de plein droit des biens compris dans l'institution, c'est-à-dire, soit de l'universalité, soit d'une quotité seulement des biens que l'instituant laisse à son décès.

Mais cette saisine n'est pas irrévocable. L'institué peut la faire disparaître en renonçant à la succession échue de l'instituant (coutume d'Auvergne, art. 14, tit. XXXIV). L'acceptation que l'institué a donnée, ou que la loi suppose qu'il a donnée dans le contrat de mariage, porte sur la faculté d'être héritier, et non sur la succession, puisqu'on ne peut pas accepter une succession qui n'est pas encore ouverte. Ayant accepté la faculté de délibérer sur l'acceptation, l'institué peut évidemment renoncer.

Lebrun fait cependant remarquer que l'héritier institué serait saisi irrévocablement de la succession de l'instituant dans un cas particulier. » Si quelqu'un, dit cet auteur, a fait son héritier contractuel de la personne de celui qui était *ab intestat* son unique héritier, et cela sous quelque condition particulière, je n'estime pas qu'il soit permis à l'héritier institué de déclarer qu'il accepte la succession, non en vertu de l'institution, mais par droit du sang et *ab intestat*, parce qu'il y aurait du dol dans la conduite de cet héritier d'avoir lié les mains au donateur par l'acceptation de son institution contractuelle qui l'empêchait de disposer par testament, et, en conservant cet effet de l'institution, de s'aviser après cela de renoncer à l'institution même, et de vouloir venir *ab intestat*, afin de se dispenser de la condition. »

Au demeurant, l'héritier institué peut accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire. Dans l'un et l'autre cas, il est tenu des dettes.

Mais il y avait une grande controverse sur le point de savoir si, à défaut d'inventaire, il est tenu des dettes *ultra vires*, ou seulement *pro modo emolumenti*. Duperrier et Duplessis adoptaient la seconde opinion, parce qu'ils considéraient l'héritier contractuel comme un donataire ou un légataire universel, la loi ayant seule la puissance de déclarer un héritier. On répondait

à cet argument : que l'héritier institué est, non pas un donataire ou un légataire universel, mais un véritable héritier représentant l'instituant de la même manière que celui qui puise son droit dans la loi ; que cette représentation existe tant au point de vue de l'actif qu'à celui du passif; qu'il est de principe que l'héritier paye toutes les dettes de la succession qu'il n'a pas répudiée. Ce dernier système comptait un grand nombre de partisans. Il était d'ailleurs formellement consacré par quelques coutumes, implicitement reconnu par d'autres. Ainsi, la coutume d'Auvergne disait dans son article 34, tit. XIV : « L'héritier institué par contrat de mariage est tenu de toutes charges héréditaires du défunt, tant *activè* que *passivè*, comme seraient héritiers *ab intestat*. » Même disposition dans la coutume de Bourbonnais (art. 223). D'un autre côté, la coutume de Nivernais (art. 29 du chapitre XXXIV) et celle de la Marche (art. 249) autorisaient l'héritier institué par contrat de mariage à accepter sous bénéfice d'inventaire. Cette permission ne pouvait avoir sa raison d'être que dans l'obligation indéfinie aux dettes qu'entraînait l'absence d'inventaire.

Si les biens qui ne sont pas compris dans l'institution contractuelle sont insuffisants pour parfaire la légitime des descendants de l'instituant, ceux-ci peuvent s'adresser à l'héritier institué pour se faire remplir de l'intégralité de leurs droits (coutumes d'Auvergne, tit. XXIV, art. 16; de Bourbonnais, art. 219; de la Marche, art. 296).

Quant aux réserves coutumières, l'institution contractuelle y était soumise évidemment dans le ressort des coutumes qui assujettissaient aux mêmes réserves les dispositions entre vifs et à cause de mort. Dans les coutumes, au contraire, qui établissaient une différence à cet égard entre les donations entre vifs et les dispositions testamentaires, l'institution contractuelle n'était pas réductible à la quotité qu'il était permis d'aliéner à cause de mort; par exemple au quint des propres : elle pouvait embrasser tous les biens dont il était permis de disposer entre vifs.

VII. — De quelques dispositions analogues à l'institution contractuelle.

Avant de terminer l'exposé de l'institution contractuelle d'après l'ancien droit, nous devons dire quelques mots sur certaines

clauses fort usitées autrefois et ressemblant à l'institution d'héritier par contrat de mariage.

Un père promet dans le contrat de mariage de son fils de lui laisser dans sa succession une part égale à celle de ses autres enfants. Cette clause, connue sous le nom de promesse d'égalité, est équipollente à une institution contractuelle. Le père pourra bien avantager le fils à qui il a promis l'égalité au détriment de ses frères et sœurs; mais il ne pourra rien donner à ces derniers au préjudice du fils; car celui-ci a été institué contractuellement dans sa portion héréditaire *ab intestat*.

Quelquefois la promesse d'égalité s'adresse non pas personnellement au futur époux, mais indistinctement envers tous les enfants. Par exemple, comme cela avait fréquemment lieu dans les pays de droit écrit, le père ou la mère déclarent dans le contrat de mariage de l'un des enfants qu'ils conserveront à chaque enfant une portion égale. Dans ce cas, le père ou la mère se trouvent liés vis-à-vis de tous les enfants. Il leur est interdit d'avantager l'un plus que l'autre, directement ou indirectement. Par leur promesse, ils ont établi une loi de famille inviolable, non-seulement à l'égard de l'enfant marié, mais encore à l'égard de ses frères et sœurs. Ils peuvent disposer de leurs biens selon leur libre volonté; mais ils ne peuvent porter atteinte à l'égalité qu'ils ont assurée.

La promesse d'égalité faite par un père à un de ses enfants puînés n'entraîne pas, sauf déclaration expresse de volonté contraire, une dérogation au droit d'aînesse, soit que la promesse ait été faite de la part héréditaire, soit qu'elle ait été faite d'une part égale à celle des autres enfants. On suppose que le père n'a pas promis une égalité absolue, mais l'égalité déterminée par le règlement des successions *ab intestat*, d'après la coutume.

Les déclarations ou reconnaissances d'aînés et héritiers principaux sont encore des espèces d'institutions contractuelles. Elles obligent les parents à conserver aux enfants, au profit de qui elles interviennent, les portions de succession qui leur doivent revenir. Le père qui marie son fils aîné en qualité d'aîné et principal héritier ne peut point diminuer la part héréditaire que le fils aîné peut prétendre en vertu de sa prérogative de primogéniture, par des avantages postérieurs au profit d'autres enfants, ni par des libéralités quelconques au profit d'au-

tres personnes. Mais il lui est loisible de disposer de ses biens à titre onéreux et sans fraude [1]. Dans certains cas, la fraude serait présumée : par exemple, si le père changeait ses biens de nature, vendait ses biens nobles pour en acheter des roturiers, les échangeait contre des fiefs situés dans des pays où la coutume ne donnerait à l'aîné qu'un moindre préciput. Cependant on avait admis que, si la déclaration d'aîné était faite en pays où la coutume donnait tous les meubles à l'aîné, le changement de domicile en coutume contraire de la part du père ne pouvait pas nuire à la déclaration.

VII. — Du rôle de l'institution contractuelle dans l'ancien droit.

L'institution contractuelle est par elle-même éminemment propre à favoriser les unions conjugales. Elle concilie d'une manière heureuse l'intérêt du donateur et celui du donataire, en laissant au premier l'administration et la jouissance des biens donnés, même le droit d'en disposer dans une certaine mesure, et en assurant au second un droit irrévocable de succession. Cet avantage supérieur est bien de nature à déterminer une dérogation au droit commun, et à faire oublier que les convenances de succéder « induisent à pourchasser, tout au moins à souhaiter la mort l'un de l'autre. » (Coquille.)

Mais est-ce à ce titre, c'est-à-dire comme encouragement puissant au mariage, que l'institution contractuelle fut reçue dans l'usage de toute la France?

Quelques auteurs le prétendent. Mais ce serait tomber dans une méprise évidente que de partager leur opinion. La faveur due au mariage en lui-même n'est qu'un motif très-secondaire, pour ne pas dire faux. Le véritable fondement sur lequel l'institution contractuelle fut admise et devint une coutume générale des pays de droit écrit et des pays coutumiers, fut le soutien et l'agrandissement de la noblesse : « *Et dicitur hanc consuetudinem*

[1] Excepté sous les coutumes d'Anjou (art. 245), du Maine (art. 262 et suiv.), de Loudunois (tit. XXVI, art. 4 et 5), de Tours (art. 252) et de Normandie (art. 244), qui ne permettent ni l'aliénation ni l'hypothèque, au préjudice du fils marié en qualité d'aîné et principal héritier, des biens que le père possédait au jour du mariage de son fils aîné (Dumoulin, note sur l'article 245 de la coutume d'Anjou).

habere aliquod motivum æquitatis, scilicet propter favorem et honorem matrimonii, quia sub tali conditione nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit. » (Boërius, Benedictus, etc.) Sans doute, l'institution contractuelle ne fut pas un privilége exclusivement réservé à la classe noble. Elle fut permise aux roturiers (Questions et réponses sur les articles des coutumes, 143, Coquille). Mais les roturiers n'y gagnaient presque rien, d'autant plus que leurs mariages, du moins dans le Nord, étaient rarement accompagnés d'institution d'héritier. Les conventions matrimoniales de la classe noble, telle fut la place ordinaire de l'institution contractuelle. Aussi, pour bien juger du rôle politique de l'institution contractuelle dans notre ancien droit, pour apprécier sainement l'influence qu'elle a exercée sur l'agnation seigneuriale, faut-il la rapprocher des autres usages dérivés du droit féodal et concourant à augmenter l'éclat et la grandeur des maisons illustres; tels sont : le droit d'aînesse, la faculté qu'avaient les pères et mères en mariant leurs filles de stipuler la renonciation à leurs successions pour faire passer leurs biens entre les mains des mâles, surtout les substitutions, les fidéicommis, etc. L'institution contractuelle s'unit à ces divers usages par la communauté du but; elle est un rouage du système aristocratique. Or, au point de vue de la raison politique, devons-nous approuver la pratique de l'institution contractuelle, telle qu'elle fut en vigueur jusqu'à notre révolution?

Nous ne nous répandrons pas ici, comme on l'a fait trop souvent, en vagues déclamations contre les institutions abusives de l'ancien régime. Il faut examiner les choses qui sont du domaine de l'histoire, non pas à travers le prisme trompeur du préjugé ou de l'esprit de parti, mais avec la froide et impartiale raison du juge qui cherche avant tout à démêler le vrai.

Presque tous les commentateurs de notre ancien droit[1] étaient

[1] Leprêtre (centurie II, chap. XCXIV) : « En France, nous avons restreint la liberté de tester, autant qu'il nous a été possible, pour conserver le bien aux familles, et, par ce moyen, maintenir la force et la grandeur de l'État. »

Ferrières (Commentaire sur la coutume de Paris) : « Les Français ayant reconnu que la conservation du royaume dépendait principalement de la grandeur et de la puissance de la noblesse, pour être toujours prête à prendre les armes pour la défense de l'État, ont restreint la faculté de tester, à l'effet de conserver les biens dans les familles. »

Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. V, chap. IX) : « Les substitutions qui

unanimes pour déclarer que la conservation des biens dans les familles, en ajoutant à la splendeur de la noblesse, était un gage précieux de prospérité et de grandeur pour l'Etat. Accumulation de la fortune sur la tête des représentants des grandes maisons, éclat de la noblesse, force de l'Etat, trois termes, croyait-on, intimement unis comme les diverses parties d'une chaîne et également nécessaires. Nous disons au contraire : trois termes indépendants l'un de l'autre et diversement indispensables. Voici comment, l'histoire en main, nous justifions notre opposition.

L'utilité de l'institution contractuelle assurant l'avenir des mâles à l'exclusion des filles, des aînés à l'exclusion des cadets, pouvait se concevoir jusqu'à un certain point sous l'influence du régime féodal. Alors la force matérielle, unie et incorporée à la propriété territoriale, était le principe de l'état social. Or, la durée et la puissance de l'état social tenait à la solidité et à la perpétuité de sa base. Pour que l'édifice féodal subsistât, il fallait que le fief, élément primordial, molécule intégrante de cet édifice, comme disait M. Guizot, se maintînt lui-même. Il était de toute nécessité que le fief fût desservi. Dans ces circonstances, l'institution contractuelle s'offrait comme un mode certain de mettre la desserte à l'abri de toute vicissitude; et, puisque l'âge et le sexe étaient des conditions importantes, il était tout simple qu'ils fussent pris en considération et déterminassent une préférence. Cela, nous le répétons, était imposé par l'ordre des choses où l'on vivait.

Mais quand la féodalité disparut, le caractère de privilége et d'exclusion de l'institution contractuelle avait fait son temps : il aurait dû s'effacer avec le gouvernement féodal pur. Il n'en fut pas ainsi : la nécessité féodale fut remplacée par la vanité et l'ambition domestiques, principes étroits et exclusifs de leur nature : *Nobiles inveniunt nobiliores per quos nobilitas crescit.* L'institution contractuelle répondit à un besoin nouveau ; mais elle conserva le même caractère.

Etait-ce un bien? Assurément non.

D'abord, est-il possible qu'un semblable usage soit sanctionné

conservent les biens dans les familles seront très-utiles dans le gouvernement monarchique, quoiqu'elles ne conviennent pas dans les autres. »

par la morale et par le droit naturel? Qu'on en juge par ce qui se passait à peu près constamment dans les anciennes familles nobles.

Le père institue son fils aîné son héritier universel; il reconnaît et déclare que son fils aîné est son principal héritier. La fortune de la famille est destinée tout entière à l'aîné des enfants; comme si la bénédiction paternelle ne devait descendre que sur sa tête! L'orgueil du nom se substitue à l'amour paternel, l'ambition de la race trouble l'égalité d'affection. Cependant les autres enfants, disgraciés, sacrifiés par calcul, se dispersent loin du vieux château des ancêtres, loin du manoir principal réservé à leur frère aîné. Au second, l'état ecclésiastique pour lequel il a une vocation préétablie. Au troisième, le service militaire : car il ne doit jamais se marier. C'est la règle. Les filles sont envoyées au couvent ou mariées avec une légère dot mobilière qui leur défend d'espérer la moindre parcelle du domaine des aïeux. Inégalités choquantes et dangereuses, contraires à la fois aux inspirations de la nature dans le cœur du père et à la concorde dans celui des membres de la même famille!

« Pourquoi, s'écriait le courageux Guy Coquille, pourquoi les hommes se parforcent-ils tant à éterniser leurs maisons, que Dieu aussi bien ne laisse pas que de ruiner, quand les biens sont mal acquis? » (Sur le Nivernais, ch. XXXIII, art. 10.)

Peut-être l'institution contractuelle et les autres usages se référant au même but, en agrandissant la puissance de la noblesse, maintenaient la grandeur de l'Etat. Interrogeons les faits.

A vrai dire, l'ancienne noblesse française n'a rien gagné, en fait d'éclat, à son régime de transmission héréditaire des biens. Les nobles n'avaient pas uniquement des prérogatives; ils avaient aussi des charges. C'était la noblesse qui soutenait tout le fardeau des guerres; son or devait être versé avec son sang sur tous les champs de bataille. Il lui fallait de la richesse; car, sans richesse, pas de noblesse. Cependant, par suite des entraves apportées à la circulation de ses propriétés, elle était forcée de recourir à des emprunts. Or, comment trouver des prêteurs avec la garantie d'une hypothèque incertaine et révocable? Comment trouver des prêteurs, alors que ceux qui consentaient à confier des capitaux aux nobles, finissaient par se trouver en présence d'une désastreuse déconfiture? Le but des institutions et substi-

tutions contractuelles était par conséquent manqué. Il y avait bien concentration de la propriété territoriale dans les mains des nobles; mais multiplication de leurs moyens d'action, en aucune manière.

Voilà pourquoi le judicieux et sage d'Aguesseau écrivait en 1730 au premier président du Parlement d'Aix : « L'abrogation entière de tous fidéicommis serait peut-être, comme vous le pensez, la meilleure de toutes les lois, et il pourrait y avoir des moyens plus simples pour conserver dans les grandes maisons ce qui suffirait à en soutenir l'éclat. »

D'ailleurs est-il réellement vrai que la prospérité de l'État fût attachée à l'immensité des propriétés territoriales de la noblesse? Cette question touche à la politique; or, en fait de politique, nous ne comprenons que les systèmes logiques et nets.

L'ancienne constitution de la France était une constitution monarchique. En se plaçant au point de vue du principe monarchique, en adoptant l'utilité et la légitimité de ce principe, on devait repousser tout ce qui y portait atteinte et était en contradiction avec lui. Qu'est-ce à dire? L'ordre de la noblesse n'avait pas de raison d'être légitime : c'était une pierre d'achoppement.

Nous ne voulons pas prétendre qu'il n'y a de juste que la noblesse purement personnelle et à vie; nous admettons, au contraire, la transmission de la noblesse par l'hérédité. Mais nous soutenons que la forme monarchique était incompatible avec la force matérielle de la noblesse. La perpétuité de distinctions purement honorifiques était sans danger; mais il n'en était pas de même de l'agglomération des propriétés tendant à fortifier un ordre privilégié au sein d'un gouvernement monarchique. En un mot, la noblesse devait être un prestige, une décoration sociale, non une réalité politique.

Ces choses n'ont pas besoin de démonstration. S'il en fallait une, nous ne pourrions en signaler de plus éloquente que les faits mêmes de notre histoire nationale. L'aristocratie a-t-elle toujours été l'appui du trône? Est-ce que le pouvoir royal n'a jamais été obligé de centraliser en ses mains toutes les souverainetés éparses sur le sol, et, pour arriver à cette fin, de former alliance avec les communes contre la noblesse? Les glorieux fondateurs de l'unité française n'ont pas suivi une autre ligne de conduite.

Enfin, si nous envisageons les résultats économiques de l'inégalité de distribution de la propriété foncière, nous verrons que cette inégalité a été funeste au crédit et à l'agriculture. L'auteur de *l'Esprit des lois*, oubliant que la grandeur d'un Etat monarchique ne saurait résulter d'usages qui heurtent ouvertement les principes de l'honneur, des bonnes mœurs et de la morale, a déclaré que les substitutions qui conservent les biens dans les familles sont très-utiles dans ce gouvernement; mais il n'a pu s'empêcher de reconnaître qu'elles sont un obstacle à la prospérité du commerce par l'immobilité à laquelle elles condamnent une partie considérable de la richesse. Ajoutons qu'elles s'opposèrent également au développement de la production agricole; car, sans vouloir entrer dans le problème délicat de l'utilité du morcellement de la propriété foncière, nous pouvons enregistrer ce fait historique, à savoir que l'agglomération de la terre dans les mains d'un petit nombre de propriétaires, loin de favoriser la production territoriale sous l'ancien régime, mit continuellement l'agriculture en souffrance.

Il est donc certain que, dans l'ancien droit, l'institution contractuelle, en favorisant moins le mariage en lui-même que les unions nobiliaires, rentrait dans un système approprié aux besoins aristocratiques de la noblessse, et qu'elle ne peut dès lors échapper aux réprobations de la science politique et de l'économie sociale.

ANOUILH.

(*La suite au prochain numéro.*)

STATUTS

SUR LA

RÉFORMATION DU COMTÉ DE TOULOUSE EN 1270

(l'année qui a précédé la réunion de ce comté à la couronne).

M. Bressolles, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, a présenté à l'Académie de législation de cette ville un document très-probablement inédit, ou qui peut être considéré comme tel, puisque les historiens, soit généraux, soit locaux, ne le rapportent ni ne le citent; il contient les statuts de réformation qui furent publiés au nom d'Alfonse, dernier comte de Toulouse, par les régents qu'il avait préposés au gouvernement de ses comtés pendant son voyage à la dernière croisade. Ces statuts sont reproduits dans une charte du treizième siècle qui en est la copie très-ancienne, et qui a été récemment découverte dans les archives de la ville de Verdun (Tarn-et-Garonne), siége d'une judicature du comté de Toulouse. En communiquant ce document à l'Académie de législation, M. Bressolles l'a accompagné d'un mémoire étendu, dans lequel il en fait l'historique et en établit l'authenticité. Puis il relève et constate avec soin les renseignements nouveaux que fournit la charte de 1270 sur l'organisation judiciaire du comté de Toulouse comparée à celle des domaines du roi, spécialement ceux relatifs à la création d'un officier préposé à la surveillance des baillis et de la bonne administration de la justice, à celle des notaires-greffiers, des sergents, et à la vénalité des charges subalternes; sur diverses règles de procédure civile, de droit civil et de droit criminel; sur le domaine et les revenus du comte; sur les monnaies. Il montre enfin comment, au moyen de cette charte, peuvent être rectifiées ou complétées les indications fournies par des documents de la même époque, et comment est démontrée de nouveau la non-authenticité de certains autres, notamment de la chronique de Bardin et des prétendus parlements royaux tenus à Toulouse dès le onzième siècle.

En attendant l'impression de cet intéressant mémoire, qui sera inséré dans le recueil de l'Académie de législation de Toulouse, et dont nous avons dû nous borner à signaler quelques points, nous sommes heureux de pouvoir faire connaître à nos lecteurs le texte de la charte de 1270, que nous devons à l'obligeante communication de notre collaborateur, M. Bressolles; elle mérite de fixer l'attention des jurisconsultes historiens et des érudits, non-seulement par son importance et son étendue, mais encore à raison du sujet de prix proposé pour l'année 1861 par l'Institut de France (Académie des inscriptions et belles-lettres), ce qui ajoute à sa publication un intérêt d'actualité. Le sujet de prix proposé est celui-ci : « Faire connaître l'administration d'Alfonse, comte de Poitiers et de Toulouse, d'après les documents originaux qui existent principalement aux archives de l'empire, et rechercher en quoi elle se rapproche ou diffère de celle de saint Louis. »

C. G.

STATUTA SUPER REFORMATIONE TERRE COMITATUS TOLOSANI PER TENENTES LOCUM DOMINI COMITIS PICTAVENSIS ET TOLOSE ANNO DOMINI MILLESIMO DUCENTESIMO SEPTUAGESIMO, DIE SABBATI POST FESTUM BEATI ANDREHE APOSTOLI[1].

PRÉAMBULE.

Laudabilium jussionum causas plerumque alienus prebet excessus, et miro modo, momenta justicie de injusticia generantur; silet enim equitas ubi culpa non vociferatur commissa, et feriatum quiescit presidentis ingenium quod non fuerit querela aliqua vocatum. Dudum siquidem, dominus noster Alfonsus Comes Pictavensis et Tholose, ex fide sincera et conscientia innocenti, pro viribus firmaverat judicio et justicia terram suam,

[1] Le manuscrit porte : *anno Domini* 1270... *p*... *festum B*..... *ehe apostoli*. La restitution ci-dessus est basée sur une cote très-ancienne qui se trouve encore sur le dos de la charte et qui y a été mise avant la détérioration du parchemin en cet endroit. Elle est ainsi conçue : « 1270, du samedj après la feste de saint André. »

instituens personas ibidem que potestate debita preeminerent[1], et in exhibenda justicia omnibus exsolverent quod debetur, et jura ipsius domini Comitis nihilominus debite conservarent. Et quia plerumque iniquitas parit ausum et ausus excessum, tam ipse dominus Comes quam ipsi subditi et subjecti provisionis hujusmodi fructum modicum vel minus debitum, propter quorumdam fraudem[2] malitiam vel negligentiam reportarunt, et quod previsum fuerat per medelam tendit ad noxiam : quare nos, qui conservationi jurium domini Comitis et quieti[3] subditorum ex debito nobis injuncti officii vigilare tenemur, optantes distorta reducere ad lineam rectitudinis et tramitem equitatis, ea que sequntur duximus ordinanda.

I. — *Création de notaires-greffiers dans les chastellenies où se tenaient les assises et leurs attributions générales.*

In primis volumus et ordinamus quod in qualibet castellania ubi tenentur assizie, duo notarii publici ordinentur, ex parte domini Comitis, vel de jam creatis assumantur, qui ibi continue maneant, et processus, habitos coram judicibus, in scriptis redigant in papiro, et papirum ibidem dimittant[4] et asservent.

Item, illi duo notarii habeant redditus totos debitos domino Comiti penes se in scriptis, et caveant ne balhivi aliquos de dictis redditibus alienent, seu omittant, seu attenuent in dampnum et prejudicium domini Comitis.

Item, quod illi duo notarii, et nulli alii notarii, faciant cartas de rebus venditis quarum laudes et vende spectent ad dominum Comitem, et si per aliquos facte fuerint, nullius penitus sint momenti, et vigilent dicti notarii ne aliquid in dictis vendis depereat de jure domini Comitis.

Item, dicti notarii non facient expensas judicum ex parte domini Comitis ibidem institutorum.

II. — *Tarif des actes de procédure faits par les notaires-greffiers.*

Item, quod notarii non recipiant pro citatione, nisi unum tu-

[1] *Preminerent*, dans le manuscrit.
[2] *Frudem.*
[3] *Quiete.*
[4] *Dimitant.*

ronensem vel obolum tolosanum; et non recipient pro una positione, nisi obolum turonensem, vel pictam tolosanam ;

Item, pro sententia scribenda vel registranda, VI denarios tolosanos vel XII denarios turonenses, nisi evidenter negocii vel scripture qualitas exigeret aliquid augmentandum.

Item, pro facienda copia et scribenda partibus, et reddenda eisdem, de actis, recipiant illud quod taxabit judex, de concilio advocatorum utriusque partis, prius tamen juratorum, vel alterius eorum, si advocati utriusque partis convenire non possunt.

Item, pro teste examinando et scribendo, recipiant unum denarium tolosanum vel duos denarios turonenses vel amplius ad arbitrium judicis; et predicta solvantur ad arbitrium solventis.

Item, omnes casus et clamores emergentes inter duos assizias in scriptis redigant in quolibet casu, et judici quando venerit ad assiziam proximam, seu alicui locum ejus tenenti, in scriptis tradent et presentabunt [1] pro jure domini Comitis et partium in omnibus observando.

Item, notarii, ratione seu occasione scripture vel officii, nihil debent judici, nisi esculentum et poculentum, ita quod non transeat ad muneris qualitatem.

Item, pro scriptura libelli, dabuntur duo tolosani seu IIII turonenses.

Item, pro continuatione dierum [2] vel obolum tolosanum.

III. — *Mesure disciplinaire relative aux notaires-greffiers.*

Item, quod fiat inquesta contra notarios, et si inventi fuerint infames, seu etiam infideles, ab officio notarie arceantur. Item, quod aliqui novi, de cetero, non creentur, nisi necessitate urgente vel evidenti utilitate.

IV. — *Rapports entre les juges et les notaires-greffiers.*

Item, judices non recipient aliquid de scriptura notariorum, vel occasione officii seu notarie eorumdem, nec maneant nec morentur notarii cum judicibus.

V. — *Honoraires des notaires pour la rédaction des contrats.*

Item, de cartis conficiendis super contractibus quibuscumque,

[1] *Presentabit*, dans le manuscrit.
[2] Il doit y avoir ici omission de quelques mots.

recipiant notarii pecuniam ad bonam et fidelem estimationem judicis.

VI. — *Défense aux baillis de faire manger les juges chez eux ou à leurs frais.*

Et raro aut numquam comedant judices cum balhivis, vel alibi cum expensa eorum, maxime nullo modo comedant cum ipsis, quandiu balhivi habeant causam coram ipsis contra quascumque personas, seu quicumque contra ipsos.

VII. — *Création de juges criminels.*

Item, si possint inveniri judices in jure ydonei qui possint et debeant cognoscere de criminibus, et etiam judicare de eisdem, creentur in judicaturis, cum fieri poterit ullo modo ; et idem fiat de notariis.

VIII. — *Institution d'un surveillant des baillis dans l'accomplissement de leurs fonctions judiciaires ou autres.*

In qualibet bajulia, instituatur quidam, ex parte senescalli, de concilio bonorum, bonus et fidelis, neutri partium suspectus, qui vigilet et provideat ne dicti balhivi opprimant aliquam partium litigantium coram ipsis, nec aliquis violentiam inferat eisdem, seu aliis quibuscumque ; et si balhivi taliter se habuerint erga partes, ut dictum est, tunc ille institutus moneat dictum bajulum quod se abstineat a predictis ; quod si monitus abstinere noluerit, tunc ipse institutus intimet hoc senescallo et tunc dictus senescallus dicta gravamina seu injurias faciat emendari, et dictum bajulum puniat senescallus, ut decebit, emenda domini Comitis in omnibus observata.

IX. — *Rapports de subordination entre les sénéchaux, les juges et les baillis.*

Cum casus acciderit, quod bajuli noluerint hobedire mandatis judicum seu et senescallorum, tunc apponant penam, et dictam penam, si obtemperare noluerint mandatis suis, levent indilate. Et alias penas impositas, ex eo quod noluerint hobedire dictis judicibus et senescallis, levent ipsi judices et senescalli sine aliqua dilatione ; et quotiens de cetero dicti senescallus et judices

mandabunt aliquod certum dictis balhivis, penam semper apponant et penam levent, si dicti balhivi noluerint hobedire.

X. — *Défense aux baillis de faire des pignorations sous peine d'amende.*

Si constiterit senescallo seu judici, quod dicti bajuli vel subbajuli, vel arrendatores ab ipsis, minus juste vel sine causa probabili, sibi subditos fecerint pignorari, non permittat [1] et ipsos subditos aliquid solvere, seu dare, ymo compellat [2] dictos balhivos seu arrendatores ab ipsis, et eorumdem servientes, dampna et deperdita, injuriam passis vel lesis, resarcire ; et emendam pro domino Comite levent ab eisdem ipsi senescalli et judices.

XI. — *Restriction du nombre des sergents ; leur choix ; serment professionnel et attributions exclusives.*

Nec ipsi balhivi habeant servientes ultra per quam senescallo in initio balhivie fuerit ordinatum ; et eosdem instituant senescalli in bailhiviis prout sibi, secundum quantitatem balhiviarum visum fuerit expedire ; et faciant dictos servientes taliter institutos, in assizis publice jurare statuta curie ; et si aliqui alii pignoraverint preter juratos, capiantur et carcerentur, et ut decebit, puniantur.

XII. — *Interdiction aux sous-baillis et aux arrenteurs de faire des saisies contre les sujets du comte, si ce n'est en cas exceptionnels.*

Interdicimus autem ne subbalhivi vel arrendatores pignorare subditos domini Comitis audeant, nisi de mandato senescalli vel judicis vel bajuli, nisi pro re judicata vel confessata aut manifesta offensa coram judicibus suis ; nisi excessûs inopinata novitas, vel facti atrocitas, aliud exigat faciendum.

XIII.— *Les compositions pour faits délictueux concernant le comte ne doivent pas nuire à ses droits.*

Item, non sustineant senescalli seu judices quod de rebus seu

[1] *Permitat*, dans le manuscrit.
[2] *Cumpellat.*

casibus ad dominum Comitem spectantibus, quod balhivi faciant compositionem, et si invenerint dictam compositionem esse factam in prejudicium et dampnum domini Comitis, tunc faciant revocari, et levent emendam senescalli seu dicti judices tam a dicto balhivo quam etiam a componentibus cum ipso. Nec permitant dicti senescalli seu judices, de causis ventilatis coram judicibus, in quibus causis balhivi sperant habere emendas, levari ab ipsis ipsas emendas, quandocumque fuerint per dictos judices judicate seu et coram ipsis judicibus a partibus confessate, et si contra fecerint puniantur. Pignora per balhivos seu servientes eorum capta reddantur sine aliqua difficultate et sine aliqua redemptione, nisi pro re judicata vel confessata seu pro manifesta offensa, dicta pignora capiantur, vel nisi alicujus excessus inopinata novitas vel facti atrocitas, aliud exigat faciendum. Quod si capta fuerint ob causas predictas, ponantur in loco vicino, propinquo illi qui pignorabitur, usque ad certum tempus, et nisi pignoratus illa pignora infra illud tempus redemerit, tunc balhivi dicta pignora explectent prout justum fuerit.

XIV. — *Prise d'armes, chevauchées, meurtres ; poursuite et punition des coupables.*

Super eo quod in terra domini Comitis in Tolosano et Albigesio, cavalcate, arma portata, gentes occise, et multa dampna data sunt et fiunt de die in diem, senescallus requirat barones, sub quorum dominio malefactores hujus modi eunt et redeunt et se receptant, ne ipsos malefactores recipiant vel sustineant sub pena mille marcharum argenti, et ut ipsi domini qui poterunt sciri hec facere coram senescallo vocentur, jus facturi et recepturi, et sub pena supra dicta; et si dicti Domini sint circa hoc inhobedientes, et oporteat vim fieri pro dictis corrigendis, senescallus hoc faciet cum gentibus domini senescalli et levet[1] emendam a dictis dominis, et malefactores nihilominus puniantur prout justum fuerit; et istud preceptum fieri volumus per senescallum dictis dominis et baronibus, cum publico instrumento, vocato concilio domini Comitis quod erit in patria ; si barones vel alii juridictionem habentes in hoc delinquerint, secundum statuta pacis Parisiensis a senescallo puniantur.

[1] *Levent*, dans le manuscrit.

XV. — *Défense d'arrêter arbitrairement les sujets du comte.*

Item, interdicimus gentibus domini Comitis quod nullum malitiose capiant vel incarcerent, sine causa rationabili, vel presumptione seu suspicione bene probabili ; et si aliter aliquem ceperint, ab incarcerato injuste nulla summa pecunie exigatur ; et qui aliter quam ut superius dictum est subditos domini Comitis ceperit, prout justum fuerit puniatur.

XVI. — *Défense aux sergents de faire des actes de leur ministère sans commissions.*

Item ordinamus quod servientes aut correrii, absque mandato balhivorum et judicum, non pignorent subditos domini Comitis, presertim injuste nec habeat occasionem quare ipsos redimi faciant ; et si servientes talia facere convincantur, removeantur a servitio domini Comitis, et quod exegerint, restituere compellantur ; ac etiam dampna et injuriam ad arbitrium judicis satisfacere, et dampna [1] pacis, et duplum cujus quod exegerint, domino Comiti reddere compellantur. Ordinamus insuper quod servientes non pignorent nec aliàs suum officium exerceant, nisi habeant litteras patentes super officio sibi comisso a senescallis quibus serviunt ; et si balhivi maliciosas et injuriosas pignorationes facere fieri convincantur, ipsi [2] penis consimilibus puniantur.

XVII. — *Châtelains.*

Item, ordinamus quod Castellani de balhiviis non intromitant se nisi eis a gentibus domini Comitis vel a senescallis casus aliquis specialiter commitatur, vel nisi casus inopinatus, vel urgens necessitas hoc exposeat.

XVIII. — *Péages : défense de les augmenter.*

Item, ordinamus ne pedagia augmententur, et si aliqua augmentata de novo fuerint ad statum debitum revocentur, et si qua de novo imposita fuerint, prohibeantur.

[1] *Dapna*, dans le manuscrit.
[2] *Ipsis*.

XIX. — *Associations, confréries, réunions illicites.*

Item, collegia illicita que non sunt a juris principe concessa, reprobantur, et precipuè confratrie in partibus tolosanis a legato Sedis Apostolice prohibite. Volumus et mandamus quod jam facte confratrie sint solvende et prohibende, ne de cetero nove fiant, presertim cum in jam factis dicantur illicita pacta apposita fuisse, que vergunt et vergere possunt in magnum prejudicium domini Comitis et subditorum suorum.

Item, plures inqueste sunt facte que non terminantur, ymo per negligentiam judicum, dominus Comes amitit jus suum super factis et faciendis : volumus et mandamus quod inqueste non facte fiant, et facte determinentur et executioni mandentur.

XX. — *Domaine du prince; usurpations punies de la relégation et de l'exil.*

Item, de terris domini Comitis occupatis, ordinamus quod notarii qui ponentur in balhiviis, ut supra ordinatum est, pro domino Comiti diligenter et fideliter debeant inquirere a fide dignis et juratis; terras domini Comitis et omnia alia jura, que injuste occupata invenerint, ad manum Domini Comitis revocent, et quod inhibeatur publice in qualibet balhivia ne, de cetero, aliquis terras vel jura aliqua domini Comitis occupare presumat; et si aliquis convincatur de cetero aliquid indebite occupasse, medietate omnium bonorum suorum publicatione mulctetur, vel aliàs, si bona non habeat, relegetur vel exuletur ad tempus ad arbitrium judicis.

XXI. — *Port d'armes; agents du domaine ; caparels.*

Item, volumus et mandamus ne aliqui in divisione terrarum vel inspectione earum cum caparellis eant; et si cum caparellis iverint et probatum fuerit vel cognitum, puniantur, sicut alii arma defferentes.

XXII. — *Violation des propriétés particulières ; peines contre les coupables.*

Inhibemus etiam et per senescallos precipimus inhiberi publice, ne aliquis sine licentia terras sive possessiones alienas

violenter intrare presumat, et si contra fecerit, penam sexagentorum solidorum tholosanorum incurrat, domino Comiti persolvendam.

XXIII. — *Contributions : mode de leur levée.*

Ordinamus etiam et volumus quod expense[1] communes levari possint, civitate Tholosana excepta, in magnis villis sicut in Agenno, Condomio, Monte-Albano, Moysiaco, Gailhiaco et consimilibus, absque solido et libra usque ad summam XL librarum turonensium ; super vero, leventur per solidum et libram. In aliis vero mediocribus, leventur usque ad summam XX librarum turonensium et in aliis minoribus usque ad summam X librarum turonensium et ultra, per solidum et per libram.

XXIV. — *Vénalité des charges ; exclusion des fils de famille et des clercs.*

Item, statuimus ne balhivie filiisfamilias et clericis, quandiu aliis personis comodius vendi poterint, non vendantur, et si, aliquo casu, eas vendi talibus contingerit, recipiantur fidejussores, qui se constituant debitores principales pro ipsis de stando jure in curia domini Comitis, si inveniantur in aliquo delinquentes, quandiu fuerint in officio balhivie.

XXV. — *Usurpation de juridiction contre le comte ; peine portée contre les coupables.*

Item, precipimus et mandamus quod senescalli diligenter inquirant et addiscant tam per se, quam per alios ad hoc ydoneos, in quibus locis dominus Comes spoliatus est juridictionibus, a quibus et a quo tempore citra causam habent illi, qui jure utuntur : et si quid injuste invenerint usurpatum, studeant ad manum domini Comitis revocare, justicia mediante. Notariis in qualibet castellania institutis ut suprà ordinatum est, procuratoribus super hoc specialiter constitutis, inhibemus, et per senescallos precipimus inhiberi publice, ne aliqua similia de cetero accep-

[1] *Espense*, dans le manuscrit.

tent, sub pena statuta superius in occupatione terrarum domini Comitis.

XXVI. — *Défense aux juges d'empiéter sur les attributions de la cour du comte.*

Et quod de cetero judices[1] non teneant in illis casibus in quibus constare poterit, juridictionem ad cognitionem curie domini Comitis pertinere.

XXVII. — *Défense aux consuls d'instituer à l'avenir des notaires-greffiers, sauf la preuve de leurs droits ou priviléges à cet égard.*

Item, inhibemus et districte precipimus ne consules villarum nec alie persone, etiam juridictionem habentes vel merum imperium, nullos deinceps creent notarios, nisi doceant quod eis competat de jure, vel ex privilegio sibi concesso ab eo qui jus habeat concedendi.

XXVIII. — *Conditions et formes de la nomination des notaires-greffiers.*

Insuper senescalli domini Comitis deinceps non creent notarios; et si creandos in aliquo loco perpenderint, ipsorum vitam et fidelitatem diligenter examinari faciant, et illos quos ad hoc officium idoneos reputabunt, admittant coram tenentibus locum domini Comitis, ad parlamenta, et tunc examinata ipsarum personarum scientia, qui invenietur ydoneus promovebitur ad officium notarie.

XXIX. — *Les juges ne doivent pas se faire payer des frais par les parties.*

Inhibemus etiam judicibus ordinariis quod, occasione commissionum sibi specialiter factarum, nullas expensas levent a partibus, nisi aliàs pro occasione factarum commissionum majores expensas, ipsos facere oporteat, vel in casibus a jure permissis, in quibus casibus, expensas, si expensas levare contingat, moderatas levent, et caveant diligenter ne in hoc malitiam co-

[1] Il manque probablement *judicium*.

mitant vel fraudem, ne aliquis se possit per ignorantiam excusare.

XXX. — *Obligation imposée aux sénéchaux qui cessent leurs fonctions, de rester pendant un mois dans la sénéchaussée pour répondre aux plaintes de leurs administrés.*

Verum, cum per reverendum dominum nostrum diu est ordinatum, ut senescalli seu judices, officio sue administrationis deposito, starent per mensem in terris sue senescalie seu judicature, parati respondere conquirentibus de eisdem, si durante officio in aliquo delinquerint, illud idem inviolabiliter precipimus observari; volentes ut novi senescalli seu alii judices, quos ad hoc duxerit deputandos in qualibet assizia sue senescalie, durante tamen terminio supra dicto, ipsos de plano faciant respondere conquerentibus de eisdem.

XXXI. — *Maintien du droit.*

Precipimus autem, quod durantibus causis coram judicibus ordinariis, non permitat senescallus aliquam in eis fieri novitatem indebitam.

XXXII. — *Publication des statuts.*

Et ne aliquis se possit per ignorantiam excusare, hanc ordinationem in omnibus assisiis ter per senescalos precipimus publicari et in omnibus et singulis articulis, prout superius sunt expressi, precipimus districte et inviolabiliter observari.

XXXIII. — *Sanction et promulgation des statuts en plein parlement.*

Nos verò, magister Guillelmus de Valle-Grignosa ecclesie Parisiensis archidiaconus, Radulphus de Mirabello decanus Pictavensis, et Petrus Vignerii archidiaconus Xantonensis, Egidius de Bonnavalle gravicarius ecclesie beati Martini Turonensis, Alanus de Mellento archidiaconus Ebroycensis, Stephanus de Sarcleiis thesaurarius ecclesie beati Ylarii Pictavensis, et Robertus dictus Rueta miles, gerentes vices illustris domini Comitis Pictavensis et Tholose in suis negociis peragendis et per ipsum

specialiter deputati, ordinationem presentem et universos et singulos articulos in eadem contentos, in pleno parlamento Omnium-Sanctorum approbamus et etiam comprobamus et eam sigilli ejusdem domini Comitis munimine, quo in ejus negociis peragendis in ipsius absentia utimur, fecimus roborari.

Datum et actum Parisiis, anno domini millesimo ducentesimo septuagesimo, mense novembris.

(*Hoc est transcriptum dictorum statutorum*).

DE L'ÉTAT DE LA CRIMINALITÉ

ET DE LA RÉPRESSION EN FRANCE.

Si les questions qui se rattachent à la législation pénale et à son application ont de tout temps préoccupé les esprits les plus éminents, combien ne s'est-il pas produit aussi d'opinions aventureuses, de théories abstraites et impraticables, et même de systèmes subversifs de tout ordre social ! Aussi doit-on hésiter, en abordant ces questions, à lutter contre des opinions répandues, surtout lorsqu'elles sont défendues par les hommes les plus compétents.

Cependant, en pareille matière, l'erreur a des conséquences tellement dangereuses que c'est un devoir de la signaler et de la combattre.

Or, une erreur, je crois, qui tend à se répandre de plus en plus depuis quelques années, c'est qu'en France la criminalité augmente d'une manière effrayante, et que les délinquants ne sont pas assez sévèrement punis. J'espère prouver au contraire que la criminalité diminue d'une manière sensible, et que la répression est suffisante, au moins pour les premières fautes.

I

Il n'y a pas de société possible sans une loi pénale destinée à réprimer le mal, à maintenir l'ordre public et à protéger la sécurité individuelle.

Cette loi doit être en rapport avec les exigences de la société et leur donner une satisfaction complète ; mais la justice et l'humanité ne lui permettent pas de dépasser la mesure.

Les exigences sociales varient avec les temps et les circonstances ; la loi pénale doit, par suite, éprouver des variations semblables en restant toujours juste. Elle doit être plus sévère lorsque le mal est plus à craindre et plus difficile à réprimer. *Lex arctius prohibet quod facilius fieri potest*. Elle doit être plus indulgente lorsque les infractions sont plus rares et moins dangereuses pour l'ordre social.

Jusque-là tous sont d'accord; on reconnaît généralement qu'une répression trop sévère serait de la barbarie, et qu'une répression trop faible laisserait la société sans protection et sans défense contre les malfaiteurs. Mais la difficulté consiste à déterminer d'une manière exacte cette limite que la répression doit atteindre, et qu'elle ne peut pas dépasser sans injustice et sans cruauté. La loi pénale a énuméré tous les délits, et elle a gradué les peines selon la gravité de chacun d'eux. On est encore généralement d'accord pour reconnaître que notre législation, telle qu'elle est, est complétement suffisante pour satisfaire à toutes les exigences sociales.

Mais tous les délits de même espèce n'ont pas la même uniformité et la même gravité :

Ainsi que la vertu le crime a ses degrés.

La répression doit par suite avoir, elle aussi, ses degrés. De là la nécessité de laisser la plus grande latitude au juge, qui apprécie les diverses circonstances, les unes aggravantes, les autres atténuantes, dans lesquelles s'est produit l'acte incriminé. Cette latitude est telle que les Cours d'assises peuvent, pour un même fait, infliger vingt ans de travaux forcés ou deux ans d'emprisonnement, et les tribunaux correctionnels choisir une peine intermédiaire entre deux ans d'emprisonnement et 1 franc d'amende.

C'est avec raison, par suite, que les partisans d'une plus grande sévérité n'ont pas fait le procès à la loi, et qu'ils ont mis la discussion sur le terrain de l'application. C'est en effet au juge, auquel le législateur a donné une si grande latitude, qu'il appartient de résoudre ce difficile problème de l'application de la peine, dans une juste et exacte mesure; c'est à lui de fixer cette limite que la répression doit atteindre et ne doit point dépasser. C'est aux tribunaux permanents, aux tribunaux correctionnels surtout, que s'adresse le reproche d'être trop indulgents pour les malfaiteurs, et d'être la cause des progrès de la criminalité. D'éminents magistrats du parquet se sont plaints récemment que la loi ne fût pas appliquée avec assez de sévérité. A Paris surtout, dans un discours de rentrée, M. l'avocat général de Gaujal, adressant une sévère mercuriale aux tribunaux de tous les degrés, leur a reproché *une excessive indulgence*, à la-

quelle il attribue les effrayants progrès de la criminalité en France, et l'infériorité relative de la France comparée aux autres nations de l'Europe. Voyons si ces reproches sont fondés; mais, avant tout, il faut poser les faits et s'assurer s'il est exact que la criminalité fasse d'effrayants progrès, et que la France soit sous ce rapport dans un état de si grande infériorité.

II

Quant aux crimes poursuivis devant les Cours d'assises, on ne peut contester qu'ils aient diminué.

Le nombre moyen des accusés a été :

De 1826 à 1830, de..	7,130
De 1831 à 1835, de..	7,466
De 1836 à 1840, de..	7,885
De 1841 à 1845, de..	7,104
De 1846 à 1850, de..	7,430
De 1851 à 1855, de..	7,104
En 1856, le nombre des accusés est de.	6,124
En 1857, — —	5,773
En 1858, — —	5,375

La répression est devenue de jour en jour plus complète. Chaque année le nombre des acquittements a diminué d'une manière très-sensible.

« Mais, dit M. de Gaujal, au temps où nous en sommes, ce sont les prévenus correctionnels qui, par leur nombre toujours croissant, constituent la véritable plaie sociale. »

C'est d'après les résultats fournis par la statistique de 1857 que raisonne l'honorable magistrat; on ne connaissait pas encore, à l'époque où il a prononcé son discours de rentrée, les résultats de l'année 1858.

« En 1857, dit M. de Gaujal, il y a eu 154,077 prévenus jugés par les tribunaux correctionnels à la requête du ministère public! »

Ce chiffre est très-exact. Mais d'abord il y a eu 13,955 acquittés; ce qui réduit le nombre des coupables à 140,122.

Faut-il croire que ces 140,122 condamnés soient des hommes faisant courir un grand danger à l'ordre social, des voleurs, des escrocs, des vagabonds? Non; on pourrait dire que *la majorité*

se compose d'honnêtes gens. La majeure partie, en effet, comprend des individus condamnés pour des faits blâmables, il est vrai, mais qui, aux yeux du public, n'impliquent ni la probité, ni l'honneur; faits qui, dans d'autres pays, sont considérés comme de simples contraventions de police. Tels sont les délits ruraux, les contraventions aux lois sur la pêche, les forêts, les postes, le roulage, même les délits de chasse, etc. Un conducteur de voiture publique qui a pris un voyageur en trop et qui a été condamné pour ce fait par un tribunal correctionnel n'est assurément pas un malhonnête homme ni un homme dangereux pour la société.

Il y a eu, parmi les individus poursuivis à la requête du ministère public, 24,897 individus ayant à répondre de délits de chasse ; et en définitive, pour éviter une longue énumération, il suffira de dire que sur les 140,122 condamnés, il y en a eu 65,442 qui n'ont encouru qu'une simple amende, le plus souvent très-légère, c'est-à-dire qu'ils ont été condamnés pour des faits sans beaucoup de gravité, tels que ceux énumérés ci-dessus.

Il y a eu 87,825 condamnés à l'emprisonnement : sur ce nombre 40 pour 100 sont condamnés à moins d'un mois, ils ont commis des faits plus graves que les précédents; mais ceux-là même pour lesquels quelques jours seulement d'emprisonnement ont été jugés une correction suffisante ne sont pas encore des malfaiteurs dangereux.

11,063 sont condamnés à plus d'une année. Ceux-là ont commis des faits vraiment graves. Ce ne sont cependant que des délinquants et non des criminels; et, en comparant ce chiffre de 11,063 avec celui de la population en France, on obtient 3 condamnés de cette espèce pour 10,000 habitants!

Voilà, en définitive, à quoi se réduisent les données de la statistique. Ces résultats sont loin d'être effrayants, ils n'ont rien que d'ordinaire et de normal. On peut désirer mieux, et faire des efforts pour y arriver; mais dans tous les pays et dans tous les temps il y aura toujours la part du mal; c'est un ennemi qu'il faudra toujours combattre, sans pouvoir espérer de le jamais détruire.

Est-il vrai maintenant que cet ennemi, dont on connaît les proportions, grandisse tous les jours, *et monte comme un flot ascendant?*

Reprenons les chiffres.

Le nombre des prévenus jugés à la requête du ministère public a été :

En 1853, de..	163,415
En 1854, de..	164,263
En 1855, de..	160,999
En 1856, de..	156,880
En 1857, de..	154,077

En trois ans seulement il a diminué de plus de 10,000 à première vue; mais la diminution est en réalité bien plus considérable, ainsi que bientôt on pourra s'en convaincre.

Voilà en quoi consiste *l'effrayante progression de la criminalité.* Les chiffres sont là.

Mais, dit-on, il y a eu au moins, et on ne peut pas le contester, une immense augmentation de 1826 à 1854.

Constatons toujours le progrès depuis 1854.

Quant à l'augmentation qui s'était produite depuis 1826, elle est plus apparente que réelle; de même que le progrès réalisé depuis 1854 est bien plus grand qu'il ne le paraît d'abord.

Depuis 1826 combien de lois n'ont-elles pas créé de délits nouveaux, et fait augmenter dans une immense proportion le nombre des individus poursuivis?

Sans les énumérer toutes prenons quelques exemples, surtout dans les dernières années.

La loi du 29 décembre 1851 sur les cafés et cabarets a fait de l'ouverture d'un débit de boisson sans autorisation un délit puni de l'emprisonnement; en 1857, 1,588 individus ont été poursuivis pour contravention à cette loi.

Les lois des 27 mars 1851 et 5 mai 1855 ont puni certaines fraudes commises dans la vente des marchandises; en 1857, 8,839 prévenus ont été jugés pour avoir contrevenu à ces lois.

3,119 individus ont été jugés pour usage fait sciemment d'un timbre-poste ayant déjà servi; délit qui n'existait pas avant les timbres-poste.

Voilà déjà 13,546 prévenus poursuivis en 1857 pour des faits qui n'étaient pas punis en 1851, et qui ne l'étaient pas par conséquent avant 1826.

Les lois sur la pêche maritime, sur la police du roulage, et

beaucoup d'autres encore, ont créé depuis 1850 une foule de délits nouveaux pour lesquels ont été poursuivis des individus en nombre plus considérable encore. Si l'on faisait la récapitulation de toutes les lois pénales qui sont intervenues depuis 1826, on trouverait que ces lois postérieures ont donné autant de prévenus qu'il y en avait en 1826.

Il ne faut donc pas, pour comparer une année à une autre, mettre en regard deux nombres. Pour apprécier s'il y a augmentation dans les délits, il faut encore tenir compte des infractions prévues et punies par les lois édictées daas l'intervalle de ces deux années. En procédant ainsi, on trouve qu'en 1851 le nombre des prévenus étant de 133,490, et en 1857 de 154,077, l'avantage est encore incontestablement à l'année 1857, malgré une augmentation apparente.

La création de délits nouveaux par des lois nouvelles est la principale mais non pas la seule cause de l'augmentation apparente de la criminalité : il y en a plusieurs autres qui ont été signalées déjà et que je me bornerai à rappeler.

D'abord, depuis 1826 le nombre des officiers de police judiciaire et des agents chargés de la recherche des délits a presque doublé. Les brigades de gendarmerie se sont multipliées ; des commissaires de police cantonaux ont été institués. On n'a pas dû penser que ces nouveaux auxiliaires de la justice seraient des agents inutiles. On a cru qu'ils contribueraient pour une large part à la découverte des délits, et on a dû s'attendre à ce que le nombre des poursuites augmentât.

Il faut également tenir grand compte de l'activité plus grande des agents de la police judiciaire, de l'expérience qu'ils ont acquise, des immenses avantages que procurent la rapidité des communications, la télégraphie électrique, etc.

En définitive, on ne doit pas confondre l'augmentation des méfaits, qui serait un mal, avec la découverte et la poursuite d'un plus grand nombre de méfaits commis, ce qui est un bien.

En 1826 comme en 1857, en France comme dans tous les autres pays, si tous les faits punissables commis avaient été poursuivis, le nombre des poursuites eût plus que triplé, et cela ne prouverait pas l'accroissement de la criminalité ; ce serait au contraire un progrès à signaler.

Il se commet en France chaque année dix fois plus de délits

de chasse qu'il n'en est constaté. S'ils étaient tous poursuivis, au lieu de 27,897 prévenus (1857), on aurait pour ce seul article chaque année plus de 270,000 prévenus, c'est-à-dire le double du nombre des prévenus de toute espèce. Il n'y a peut-être pas une seule voiture publique dont le conducteur ne puisse être pris plusieurs fois en contravention chaque année, si on ne mettait une certaine tolérance dans l'application de la loi sur la police du roulage. Il n'y a pas un coutelier qui ne mette en vente des couteaux-poignards, ce qui est un délit. Si l'on poursuivait avec rigueur tous les délits de ce genre, on arriverait à un chiffre de prévenus double ou triple ; mais, je le répète, cela ne prouverait pas le progrès du mal.

Enfin, pour s'assurer si le nombre des délits augmente ou non, on doit encore avoir égard à l'augmentation de la population en France.

Maintenant, si malgré les lois nouvelles qui introduisent des délits nouveaux, malgré l'action plus active de la police judiciaire, malgré l'accroissement de la population, on n'a pas à constater une augmentation considérable dans le nombre des individus poursuivis, c'est une preuve incontestable d'amélioration. Mais quand, au lieu de l'augmentation à laquelle on doit s'attendre, la statistique constate une diminution aussi grande que celle qui s'est produite depuis 1854 (plus de 10,000 prévenus), c'est la preuve d'un immense progrès ; et au lieu de jeter l'épouvante et de placer la France au milieu de l'Europe dans une humiliante infériorité, pourquoi ne pas attribuer l'effet à la cause qui l'a produit, et ne pas reconnaître dans le progrès les bienfaits d'un gouvernement ferme et vigilant, qui a su comprimer les mauvaises passions et raffermir l'ordre matériel et moral également ébranlés?

A des craintes sans fondement et à de sombres pressentiments sur la marche ascendante de la criminalité, le compte criminel de l'année 1858, publié au mois d'avril 1860, oppose un résultat en présence duquel il serait superflu d'ajouter un seul mot. Le nombre total des individus poursuivis en 1858 devant les tribunaux correctionnels présente, sur le nombre de ceux poursuivis en 1857, une diminution de 18,486 !

III

Si l'on ne peut pas comparer les résultats d'une année avec ceux d'une année postérieure, sans tenir compte d'une foule de circonstances qui modifient les calculs, à plus forte raison ne peut-on pas comparer la statistique criminelle de la France avec celle d'une autre nation, sans tenir compte de causes d'erreur plus nombreuses encore. Il faudrait, pour que la comparaison donnât un résultat exact, que dans les deux pays la législation fût la même, la compétence des tribunaux établie sur les mêmes bases, que la police judiciaire eût la même organisation et la même activité, et surtout que la statistique fût dressée avec la même exactitude.

Prenons cependant pour terme de comparaison celle des nations de l'Europe qui peut le mieux être comparée à la France, et voyons quelle est la situation de l'Angleterre.

Il ne s'agit pas, on le comprendra aisément, de compter le nombre des prévenus de tout genre jugés pendant une année dans chacun des deux pays, car beaucoup de faits qui constituent des délits en France ne sont pas punis en Angleterre, et réciproquement. Dans les tableaux français, on trouve 64,754 individus condamnés pour délits forestiers ; en Angleterre il n'y en a pas un seul. D'un autre côté, on remarque en Angleterre 75,879 individus condamnés pour ivrognerie, ou désordres commis dans l'ivresse, faits que ne punit pas la loi française.

La compétence des tribunaux en France et en Angleterre n'est pas non plus établie sur les mêmes bases, de là une nouvelle cause de différence. En Angleterre, la compétence des juges de paix en matière pénale est beaucoup plus étendue.

On en est réduit à comparer seulement les faits les plus graves, ceux qui sont punis également par les lois des deux pays, tels que les vols, les faits de vagabondage et de mendicité.

En 1857, 50,127 individus ont été jugés en Angleterre pour vols simples. En tenant compte de la différence de la population, on devrait trouver en France un nombre presque double ; cependant on ne trouve en France que 45,610 prévenus, c'est-à-dire 4,517 de moins qu'en Angleterre.

Dans la même année, il y a eu en Angleterre 13,082 individus poursuivis pour vagabondage et mendicité. En France, il y en a

eu seulement 11,365 ; et, pour ces genres de délits, on ne doit pas tenir compte seulement de la différence de population ; il semble que la position insulaire de l'Angleterre devrait mieux la protéger contre les vagabonds.

Les chiffres qui précèdent, empruntés au rapport de M. le garde des sceaux, montrent ce que l'on doit penser de la prétendue infériorité de la France au point de vue de la criminalité.

IV

L'augmentation progressive du nombre des récidives paraît surtout effrayante à M. l'avocat général de Gaujal. « Le mouvement ascensionnel des récidives, dit-il, a été encore plus accéléré ; la statistique constate que de 1826 à 1850 elles ont doublé. » Il y a eu :

En 1851.	28,548	récidivistes.
En 1852.	33,005	—
En 1853.	35,700	—
En 1854.	38,479	—
En 1355.	38,771	—
En 1856.	40,345	—
En 1857.	41,662	—

Je suis le premier à reconnaître que le nombre des récidives est considérable ; qu'il y a là un mal et un danger social qui appellent d'énergiques mesures, et sur lesquels on ne saurait trop appeler l'attention.

Il ne faut cependant rien exagérer.

Est-il exact d'abord d'affirmer que le nombre des récidives a doublé depuis 1826 ? En 1826 les casiers judiciaires n'existaient pas, et il était impossible de constater les antécédents judiciaires d'un grand nombre de malfaiteurs. Actuellement, au contraire, les prévenus ne peuvent plus dissimuler les condamnations antérieures qu'ils ont subies ; de sorte que toutes les récidives, à un très-petit nombre près, sont régulièrement constatées. Il n'y a pas lieu dès lors de s'étonner si le nombre des récidives est plus élevé aujourd'hui, et même si ce nombre a doublé ; tous ceux qui ont l'expérience de l'instruction criminelle savent fort bien qu'avec les seuls moyens que les parquets avaient à leur

disposition en 1826, on ne pourrait pas établir plus de la moitié des récidives existant réellement. Au lieu d'affirmer que les récidives ont doublé depuis 1826, il serait plus exact de dire que le nombre des récidives *constatées* a doublé.

Les récidives ont dû augmenter dans la même proportion que les délits ; et l'augmentation pour les récidives, comme pour les autres délits, tient aux causes qui ont été signalées ci-dessus, et comme pour les délits cette augmentation est plus apparente que réelle [1].

Mais il y a plus : le nombre des délits est en 1857 le triple de ce qu'il était dans la période de 1826 à 1830 (48,563 en moyenne); le nombre des récidives pour suivre la même proportion eût dû tripler également ; cependant il a doublé seulement. Il n'est donc pas permis de dire que *le mouvement ascensionnel des récidives a été plus accéléré que celui des délits eux-mêmes*.

Reprenons le chiffre de 41,662 récidivistes que donne la statistique de 1857. Il se compose de 2,003 récidivistes en matière criminelle, et de 39,639 en matière correctionnelle.

Sur les 39,639 il y en a eu 1,477 acquittés ; reste 38,162.

Légalement il n'y a récidive qu'autant que la première condamnation dépasse une année d'emprisonnement; c'est alors seulement que la récidive entraîne une aggravation de peine; le nombre des récidives dans ce cas est de 9,475. Ce chiffre est à celui des prévenus dans la proportion de 5 pour 100 ; proportion qui n'a rien d'exagéré.

Ces 9,475 récidivistes sont des hommes dangereux, qu'il ne faut pas espérer de pouvoir jamais corriger. Mais il s'en faut beaucoup que les autres récidivistes soient dans le même cas.

Il y en a parmi eux 5,830 qui, en 1857, n'ont encouru qu'une simple amende, et 5,958 qui, à leur première condamnation, n'avaient également encouru qu'une amende ; en tout 11,788. Il y en a qui la première fois ont été condamnés pour un délit de chasse et une seconde fois pour une contravention de roulage. Ceux-là ne sont pas des hommes incorrigibles. Il ne faut donc pas s'effrayer outre mesure du chiffre en apparence énorme des récidives plus qu'il ne faut s'effrayer du nombre des délits.

[1] « L'accroissement, plus apparent que réel, a pour cause principale, sinon unique, l'institution des casiers judiciaires en 1850. » (Rapport de M. le garde des sceaux sur l'année 1858.)

V

Il résulte de ce qui précède que des chiffres, en apparence effrayants, vus de près et décomposés cessent d'être un épouvantail. Mais comme le plus grand nombre juge sur les apparences, comme à l'étranger on ne voit qu'un total, sans se rendre compte de la manière dont il est composé, il en résulte une inquiétude générale, des craintes qu'ont partagées les plus éminents magistrats, et une fausse appréciation de la situation de la France au point de vue de la moralité.

On voit 140,122 condamnés correctionnels ; mais on ne voit pas que 52,297, ou plus du tiers, n'ont encouru qu'une simple amende, souvent très-minime ; on ne peut pas savoir que plusieurs ont été condamnés seulement à 1 franc.

Ne serait-ce pas, *à plusieurs points de vue*, une sage mesure que de faire disparaître des états de la police correctionnelle la majeure partie de ces individus condamnés à l'amende, en les faisant juger par les juges de paix, dont la compétence, comme juges de simple police, serait étendue?

En matière civile, plusieurs lois successives ont largement étendu la compétence des juges de paix. Elle est bien loin maintenant de ce qu'elle était dans le principe : un juge de paix peut aujourd'hui connaître en matière civile de certaines affaires jusqu'à concurrence d'une valeur de 1,500 francs, et même, dans certains cas, il est compétent, quelle que soit la valeur du litige. Au contraire, en matière de police, sa compétence est restée invariablement fixée à 15 francs ; la loi prononce-t-elle une peine de 16 francs d'amende, réductible à 1 franc au moyen des circonstances atténuantes, le prévenu se trouve rangé au milieu des voleurs, des escrocs, des vagabonds !

Cet état de choses présente plusieurs inconvénients très-sérieux :

1° Il donne chaque année, dans la statistique criminelle, un chiffre énorme de délits, et fait croire à l'infériorité relative de la France comparée aux autres nations ;

2° Il nuit à l'efficacité de la répression.

Les tribunaux correctionnels jugent, ainsi que je l'ai dit plus haut, entre un voleur et un vagabond, un chasseur ou un pêcheur en contravention. Le voleur et le vagabond sont moins

humiliés de la comparution publique à l'audience, lorsqu'ils s'y trouvent en bonne compagnie ; une peine correctionnelle n'a plus le même effet aux yeux du public quand des peines également correctionnelles atteignent aussi les plus légères infractions.

L'extension de la compétence des juges de paix aurait en outre l'avantage d'opérer une diminution notable dans les frais de justice criminelle.

Cette extension de compétence existe en Angleterre, où elle produit d'excellents résultats.

VI

DE L'APPLICATION DES PEINES.

Après avoir présenté, je crois tel qu'il est, le véritable état de la criminalité, j'arrive à la grande question de l'application des peines.

Généralement on les trouve trop faibles. « En général, dit M. de Gaujal, on attribue la marche constamment ascendante de la criminalité à deux causes principales : 1° aux imperfections de la loi pénale ; 2° à *l'excessive indulgence des tribunaux de tous les degrés*. On peut différer d'avis sur la première. » Notre législation pénale, quoique affaiblie, d'après l'honorable magistrat, par les modifications qu'elle a subies en 1832, lui paraît cependant capable de suffire encore à tous les besoins du salut social. « Mais, dit-il, ce qu'il faut reconnaître avec les écrivains, les publicistes et les organes du pouvoir les plus autorisés, c'est l'insuffisance de l'application qui en est faite par le juge. » Vient ensuite cette conclusion : qu'il y a lieu de provoquer la magistrature à donner l'exemple du respect qui est dû aux lois, et à appliquer les peines avec plus de sévérité.

Quelque autorité qu'ait la parole de M. de Gaujal et celle des hommes éminents dont il invoque l'opinion, on ne peut pas plus admettre cette conclusion qu'on ne peut admettre le sombre tableau de la criminalité qui semble à M. l'avocat général monter comme un flot prêt à tout envahir.

L'unanimité pour l'opinion contraire *des tribunaux de tous les degrés* a bien aussi une imposante autorité. Ce serait un lieu commun que de parler du zèle et de la fermeté de la magistra-

ture et de son dévouement au bien public. Ainsi que le disait M. le procureur-général d'Angers, le 3 novembre 1859, à l'audience de rentrée de la Cour : « La magistrature a connu de mauvais jours et de mauvaises lois ; des mauvais jours, elle a méprisé les injustes clameurs; des mauvaises lois, elle s'est efforcée d'atténuer les effets. » La magistrature s'est trop honorée par le sentiment et la pratique de tous ses devoirs, pour qu'il soit besoin de *la provoquer* à donner l'exemple du respect dû aux lois.

Loin de nous la pensée de croire que tout est pour le mieux, et qu'il n'y ait pas encore à souhaiter et à opérer une grande réduction dans le nombre des coupables ; loin de nous également la pensée d'affaiblir la répression. Il n'est pas une personne sensée qui ne comprenne la nécessité d'une répression juste, ferme et efficace. L'empereur Napoléon Ier disait avec raison, et personne ne songe à le contester, que « la faiblesse envers les coupables expose les hommes de bien à leurs attentats. »

Mais il n'est pas moins certain que la pénalité doit être juste ; qu'étant excessive, elle est un acte de barbarie et de cruauté inutile pour tout ce qui excède la juste et efficace punition.

Sous notre ancienne législation la répression était impitoyable; en valait-on mieux ? L'écartèlement, la roue, la question, etc., empêchaient-ils les crimes ? Était-on plus sûr de sa vie ou de sa bourse sur un grand chemin ? Il n'y a pas un esprit paradoxal qui osât le soutenir. Les esprits les plus éclairés, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, réclamèrent l'adoucissement des peines, qui fut un des bienfaits de la révolution française. En 1832 on crut utile de les adoucir encore davantage.

Cette atténuation successive de la criminalité dans un demi-siècle est la preuve la plus éclatante des progrès de la civilisation en France. En effet, plus un homme devient civilisé, moins la peine qu'on lui inflige a besoin d'être sévère. L'esclave n'est sensible qu'au fouet ; si on l'emprisonne, il est heureux d'être dispensé de son travail ; l'homme libre, au contraire, est cruellement privé par la perte de sa liberté. Pour l'homme d'honneur, l'homme délicat, un simple blâme est souvent un châtiment sanglant. Pour les sociétés, comme pour l'individu, plus le sens moral se développe, plus le châtiment peut devenir humain, sans

perdre de son efficacité. Les supplices et la question ont eu peut-être leur nécessité, à une époque où l'on avait à combattre des instincts brutaux, et où il était très-difficile de découvrir les malfaiteurs. Heureusement aujourd'hui la société n'est plus exposée aux dangers d'alors, elle n'est plus obligée de recourir à de pareils moyens : c'est la preuve qu'elle est meilleure.

Les mêmes causes qui ont produit un adoucissement successif dans la loi elle-même doivent amener également un adoucissement dans son application. Or, lorsqu'on voit l'abaissement des peines se produire progressivement et partout, n'est-il pas naturel d'attribuer l'effet à la cause qui doit le produire, c'est-à-dire à une amélioration, plutôt que de l'expliquer par une impossibilité : la faiblesse ou l'aveuglement de toute la magistrature ?

Sans doute la France serait dans un état d'humiliante infériorité si, la criminalité augmentant d'une manière effrayante, elle ne trouvait pas dans ses magistrats la fermeté nécessaire pour punir. Mais au contraire la France peut revendiquer la gloire d'être en même temps celui des pays où la pénalité est la plus douce, et celui où la sécurité des personnes et la protection des propriétés est la plus grande. On n'est pas obligé, en France, d'avoir toujours le revolver à la main, ou de se faire escorter quand on voyage ; on peut partout circuler en sûreté, et ces lois qui ont multiplié le nombre des délits et les font paraître si considérables, telles que la loi sur la police du roulage, sont une garantie pour le voyageur même contre l'imprudence et les accidents fortuits.

Ne soyons donc pas trop prompts à nous effrayer de cette indulgence que l'on traite d'excessive.

En matière d'application de peines, il y a une distinction de la plus haute importance à faire entre les diverses espèces de prévenus ; c'est un point sur lequel on ne saurait trop insister, et sur lequel je serais heureux de pouvoir appeler l'attention.

Il y a parmi les délinquants que jugent les tribunaux correctionnels des prévenus profondément corrompus, des récidivistes incorrigibles, il y en a d'autres qui comparaissent devant la justice pour leur première faute : la peine doit être appliquée d'une manière bien différente aux uns et aux autres.

Pour les premières fautes, il y a presque toujours beaucoup d'excuses, ou au moins de causes d'atténuation. La passion de la jeunesse, une mauvaise éducation, la fréquentation de mauvaises compagnies, la misère et l'étourderie en expliquent une grande partie. Cet homme que vous allez juger pour la première fois n'est pas encore profondément corrompu ; la loi elle-même prétend qu'il peut être *corrigé*, puisqu'elle lui inflige une *correction*. Il peut se repentir et prendre la résolution de suivre désormais la voie du bien. Ne lui fermez pas cette voie en déployant contre lui une sévérité exagérée. M. le procureur général Raoul-Duval disait cette année, à l'audience de rentrée de la Cour de Bordeaux : « Jamais l'idée chrétienne, jamais par conséquent l'idée civilisatrice et morale, ne s'est produite dans la législation pénale aussi complète, aussi purement entière que sous le règne actuel. » Or, voici ce que dit l'Évangile : « *Judicate* JUDICIUM VERUM *et* FACITE MISERATIONES ET MISERICORDIAM, UNUSQUISQUE CUM FRATRE SUO. »

Voilà de quelles nobles paroles s'est inspirée en France la magistrature de tous les degrés.

Pour une première faute, un tribunal correctionnel devrait, autant que possible, éviter de prononcer une peine que le condamné dût subir dans une maison centrale, surtout s'il s'agit d'un jeune homme. Là il subit aisément les mauvaises influences : *cereus in vitium flecti*. Il se corrompt et perd toute pudeur et tout sentiment de repentir. Bientôt il apprendra l'argot, et sera initié aux vices les plus honteux. En sortant de prison, il est flétri pour toujours par son séjour dans une maison centrale. Repoussé, même par les siens, il ne trouve plus personne qui veuille l'employer, et si, par exception, il se rencontre un individu dans ce cas, qui veuille désormais vivre en honnête homme, il n'est pas certain de pouvoir gagner son pain ; et d'ailleurs il rencontrera bientôt un ancien compagnon de captivité qui rira de ses scrupules et fera tomber ses bonnes résolutions. Quoi de plus digne des méditations des esprits sérieux que cette constatation de la statistique : « Plus du tiers des libérés des maisons centrales sont poursuivis et jugés de nouveau dans les trois ans de leur libération. » La peine qui devait corriger a perverti et corrompu ! Ainsi, dans son rapport sur l'année 1858, M. le garde des sceaux dit : « Ce chiffre démontre jusqu'à l'évi-

dence que le régime de nos établissements pénitentiaires des différents degrés ne produit pas sur ceux qui y sont soumis l'amendement désirable. »

Peut-être cet homme qui, pour une première faute, a été jeté dans une maison centrale, et qui va en sortir un malfaiteur dangereux, eût-il été corrigé par une peine plus courte, qu'il n'eût pas subie dans un milieu si réprouvé. Peut-être eût-il conservé du repentir, tandis que ce repentir qui seul peut ramener au bien s'est avec le temps effacé complétement.

On a fait beaucoup d'objections contre le système cellulaire ; je ne le crois pas praticable avec la durée actuelle de nos peines ; mais il y a tout lieu de penser qu'une peine d'un mois d'emprisonnement subie dans l'isolement serait beaucoup plus efficace comme correction qu'une peine d'une année subie dans une maison centrale.

Ceux qui demandent des peines plus sévères encore pour les premières fautes raisonnent ainsi : « C'est une indulgence trop grande pour les premières fautes qui est la cause du grand nombre de récidives : il y a 40 récidivistes sur 100 prévenus ; la statistique prouve d'ailleurs que l'accroissement du nombre des récidivistes a porté surtout sur les libérés de peine d'emprisonnement de courte durée. »

Ayons d'abord grand soin d'éviter les erreurs de fait. Les récidives portent surtout sur les libérés de peines de courte durée, cela est vrai, mais cela ne prouve rien, absolument rien. Cependant, un pareil raisonnement séduit au premier abord. Les condamnés à moins d'un an d'emprisonnement sont à ceux condamnés à plus d'un an, dans la proportion de 76 à 13. N'est-il pas tout simple qu'il y ait plus de récidivistes sur 76 condamnés que sur 13? C'est absolument comme si l'on disait, sans avoir égard au chiffre de la population, qu'il y a plus de voleurs en France qu'en Suisse ou en Belgique.

On dit encore : sur 100 condamnés il y a 40 récidivistes! ce qui prouve que la première peine n'a pas été assez sévère. Admettons ce chiffre, si l'on veut; mais sur les 100 condamnés, il y en a au moins 60, plus de la moitié, auxquels une première condamnation a suffi, et que, par suite, il eût été regrettable de punir plus sévèrement. Je suppose que l'on ait 100 prévenus à juger; vous dites : condamnez avec sévérité, car autrement 40,

d'après les probabilités, tomberont en récidive. D'abord, il n'est pas prouvé qu'en condamnant avec plus de sévérité, les 40 n'y tombent pas ; mais pour les 60 qui forment la majorité, et qui, d'après les probabilités, ne se mettront pas en récidive, on serait rigoureux sans nécessité et injuste, en les punissant d'avance pour les autres.

Ceci paraît incontestable ; cependant l'opinion contraire, contre laquelle on ne saurait trop lutter, a séduit les esprits les plus éminents. M. le procureur général Métivier disait, en même temps que M. de Gaujal : « Disons-le sans détour, une part de responsabilité des crimes commis par les récidivistes incombe à ceux qui devaient et qui n'ont pas su châtier suffisamment *les premières fautes*. Je livre cette vérité aux méditations de quiconque, citoyen ou magistrat, participe à la justice criminelle. »

La vérité n'est-elle pas plutôt ceci : « Une part de responsabilité des crimes commis par les récidivistes incombe à ceux qui devaient et qui n'ont pas su châtier suffisamment *les récidivistes*. » Cette distinction capitale mérite d'être livrée aux méditations de tous.

Pour prévenir l'assassinat, le vol, etc., la loi punit de peines sévères les assassins et les voleurs ; pour prévenir les récidives, il faut de même punir sévèrement les récidivistes ; mais non pas lors des premières fautes, en vue de la récidive de quelques-uns, punir avec une sévérité exagérée tous les prévenus indistinctement.

Quant aux récidivistes, je serai complétement d'accord avec les honorables magistrats dont je me suis permis de combattre l'opinion en ce qui concerne les premières fautes.

Pour le récidiviste, il n'y a plus les mêmes causes d'atténuation ; un fait demeure acquis contre lui : c'est qu'une peine légère n'a pas produit l'effet qu'on en attendait ; on est autorisé à en conclure qu'une seconde peine légère ne réussira pas davantage. L'expérience et la statistique démontrent que celui qui est tombé en récidive une fois y retombera toujours. Les récidivistes qui antérieurement n'ont subi qu'une condamnation sont en minorité. En 1857, 1,934 récidivistes avaient déjà subi *au moins dix condamnations*. Il est évident que ce serait peine perdue que de songer à corriger des individus de cette sorte : ce sont des malfaiteurs dangereux et incorrigibles.

Pour les récidives, on l'a dit avec raison : la répression n'est pas assez sévère ; on est même autorisé à penser que notre législation pénale ne répond pas suffisamment aux besoins de la protection sociale. Par exemple, en 1857, un récidiviste avait subi antérieurement trente-sept condamnations, et pour la trente-huitième qui pouvait être un vol, une escroquerie, etc., la loi ne permet d'infliger qu'une peine correctionnelle! Un seul vol avec escalade entraîne, pour une première faute, la peine des travaux forcés ; et le même vol, commis par un malfaiteur qui sera entré par la porte, n'entraînera qu'une peine correctionnelle, quoiqu'il ait été commis avec ces circonstances bien autrement aggravantes, que le coupable sortait du bagne et qu'il avait déjà subi dix ou vingt condamnations! Il y a là, dans notre législation, une anomalie qui provoque, de la part des malfaiteurs, le plus scandaleux calcul. On peut faire du vol sa profession et y consacrer sa vie entière, sans encourir jamais plus qu'une peine correctionnelle. Les malfaiteurs de profession connaissent le Code pénal : ils évitent les circonstances aggravantes prévues par la loi, et se livrent à la spécialité des vols simples. Voilà comment un même individu a pu être condamné successivement trente-huit fois ; et il n'y a pas un terme où la société puisse se débarrasser pour toujours d'individus de cette espèce !

Lorsque la récidive n'est pas légale, c'est-à-dire lorsque le prévenu n'a pas été condamné antérieurement *à plus d'un an* d'emprisonnement, la loi ne prononce pas la moindre aggravation de peine. Un voleur a été condamné d'abord à trois mois, puis à six mois, puis à un an : il commet un quatrième vol ; le juge a contre lui à sa disposition la même peine seulement que s'il s'agissait d'une première faute.

De pareils exemples ne prouvent-ils pas l'insuffisance de la loi elle-même? La récidive, surtout la récidive légale, ne pourrait-elle pas être considérée comme une circonstance aggravante, de même que l'escalade ou l'effraction? ou plutôt, pourquoi les récidivistes ne seraient-ils pas traités comme les individus en état de rupture de ban, qui ne sont qu'une variété dans l'espèce des récidivistes? Ne serait-il pas à désirer que l'on pût appliquer aux uns comme aux autres cette sage et efficace mesure de la transportation, qui a ce double avantage d'inspirer aux malfaiteurs

une crainte salutaire et de purger la France d'hommes dangereux?

Loin d'épuiser la sévérité souvent insuffisante dont ils sont armés, les tribunaux se montrent encore dans l'application des peines très-indulgents pour les récidivistes, auxquels ils accordent le plus souvent des circonstances atténuantes.

« Il y a lieu de craindre, dit M. le garde des sceaux dans son dernier rapport, que l'indulgence du jury et des tribunaux n'ait une très-large part dans cette fréquence des récidives. Les acquittements sont assez rares parmi les récidivistes...; mais dans l'application de la peine à ceux qui sont reconnus coupables, il n'est pas assez tenu compte de la récidive. Pour un grand nombre de récidivistes, en effet, on remarque que, contrairement à ce qui devrait être, la sévérité des magistrats s'affaiblit à mesure que s'accroît le nombre des condamnations précédentes subies par les individus traduits devant eux. Cette indulgence a surtout des effets déplorables à l'égard des vagabonds et des gens sans aveu qui, comparaissant devant les tribunaux avec des extraits des casiers judiciaires qui constatent de cinq à vingt condamnations antérieures et parfois davantage, obtiennent cependant le bénéfice des circonstances atténuantes. »

Dans ce rapport, postérieur aux discours des honorables magistrats que j'ai cités plus haut, M. le garde des sceaux n'attribue pas comme eux la fréquence des récidives à l'indulgence pour les premières fautes, mais à l'indulgence pour les récidivistes. L'autorité de la parole du ministre de la justice dissipera, il faut l'espérer, tous les doutes à cet égard.

Concluons donc que les premières fautes doivent généralement être punies avec beaucoup d'indulgence; la première peine doit se proposer de corriger le coupable; ce n'est pas en accablant un homme qu'on le relève.

Quant à ceux-là, au contraire, qui, malgré des corrections antérieures, persévèrent dans le mal avec obstination, ce sont des malfaiteurs dangereux pour la société qui, ne pouvant plus les corriger, doit les mettre dans l'impuissance de nuire; l'indulgence pour ceux-là est de la faiblesse. Chaque année les tristes effets de cette indulgence sont signalés, et cependant ils ne provoquent que des plaintes stériles.

A l'appui de cette conclusion, on peut invoquer l'exemple de

ce qui se passe à Jersey. Cette île sert de refuge à un grand nombre de voleurs, d'escrocs, de faussaires, de criminels de toute sorte, qui sont parvenus en France à se soustraire aux poursuites de la justice. S'ils se mettent en contravention avec les règlements de l'île, on leur inflige d'abord une peine extrêmement légère, analogue à nos peines de simple police ; mais pour une seconde infraction, ils sont impitoyablement expulsés. Aussi ne se mettent-ils pas en récidive ; ces hommes, au milieu desquels on pourrait croire qu'on n'est pas en sûreté, se conduisent bien, plusieurs même finissent par se créer une position et gagner la confiance publique.

C. Houyvet.

BIBLIOGRAPHIE.

Traité des successions, par M. DEMOLOMBE, doyen de la Faculté de droit de Caen, etc., t. IV. — Paris, Durand, rue des Grès-Sorbonne, 7, in-8°; prix, 8 francs.

Le tome IV du *Traité des successions*, que vient de publier le savant doyen de la Faculté de droit de Caen, renferme l'exposé des matières importantes du retrait successoral et du rapport. Nous l'avons lu avec le même intérêt que les quinze précédents volumes du *Cours de Code Napoléon*, qui est aujourd'hui entre les mains de tous les jurisconsultes, et dont nous avons généralement apprécié dans cette *Revue* le caractère spécial, en le comparant aux travaux de ses devanciers sur le droit civil. Nous sommes heureux de signaler, dans ce nouveau volume, les mêmes qualités supérieures que nous avions remarquées dans l'ensemble de l'œuvre qui a placé si haut le nom de M. Demolombe; on y trouve toujours une grande richesse de développements, une clarté et une pureté parfaites dans le style, et pardessus tout une tendance constante à unir la théorie et la pratique, en tenant grand compte des données de la jurisprudence. Le mouvement des affaires, si multiple et si varié dans notre civilisation actuelle, fait surgir à chaque instant des questions graves, nombreuses et délicates, que la doctrine ancienne n'a pu prévoir et que les tribunaux sont appelés à résoudre *a priori*. On conçoit qu'en présence de ces difficultés nouvelles, certains juges hésitent à les trancher, en s'appuyant sur les données pures de la doctrine, ou en s'inspirant des préceptes admirables qui ont fait des jurisconsultes romains les maîtres de l'interprétation juridique. Parfois peut-être les tribunaux, effrayés de la tâche, semblent vouloir éluder les questions de droit pour les transformer en questions de fait et les résoudre plus aisément, en se préoccupant surtout des circonstances de la cause et de ce que peut exiger l'équité. Mais cette tendance n'offre-t-elle pas quelque danger? Quelle que soit la juste confiance que méritent les lumières et l'intégrité qui ont assuré aux magistrats français le premier rang parmi les juges de l'Europe, ne vaut-il pas mieux circonscrire dans des limites assez étroites ce pouvoir

d'appréciation des tribunaux? Il nous semble que la sécurité qui doit régner dans les affaires et la stabilité dans les transactions exigent qu'on prenne le plus possible pour guide les préceptes légaux qui ont pu servir de base aux transactions des particuliers; autrement on s'expose à porter atteinte à des intérêts considérables et à jeter le trouble dans les relations du capital et du travail. Au point de vue économique et social, une interprétation littérale, comme celle des jurisconsultes anglais, est peut-être préférable à une interprétation prétorienne, qui tendrait à modifier ce droit insensiblement, par des voies détournées, en transformant en actions *in factum* de véritables actions *in jus*, s'il est permis d'employer ici par analogie les expressions de la procédure formulaire des Romains. En présence de ce danger, si toutefois on en admet l'existence dans une certaine mesure, il est heureux que le succès du livre de M. Demolombe contribue à rappeler sans cesse à la pratique les saines théories et les vrais principes du droit. L'autorité dont le nom du savant professeur est en possession dans le monde judiciaire, en raison notamment de sa parfaite connaissance de la pratique, peut rendre de véritables services au maintien de l'interprétation doctrinale et assurer sa juste part d'influence dans les débats judiciaires à la discussion des doctrines juridiques, en dehors desquelles on est menacé de voir la science du droit écartée du prétoire de la justice.

Nous ne pouvons donc qu'engager le savant jurisconsulte à poursuivre avec la même ardeur la tâche glorieuse à laquelle il a consacré sa vie; puisse-t-il achever, aussi heureusement qu'il l'a commencé, son *Cours de Code Napoléon*, et défendre, comme il l'a fait plusieurs fois avec énergie, les principes, en présence des variations et des incertitudes qu'offre parfois une jurisprudence un peu trop préoccupée des faits particuliers.

Si nous abordons les détails du IV^e^ volume des *Successions*, nous remarquerons que M. Demolombe n'a pas consacré moins de 165 pages, sur 684, à l'exposé de la théorie du retrait successoral, qui fait l'objet de l'article 841 du Code Napoléon. Il en décrit les origines historiques avec l'exactitude et la sobriété qui caractérisent sa manière; il montre très-bien que si, au point de vue purement historique et nominal, cette institution n'appartient pas à l'ancienne famille des *retraits*, elle en a logique-

ment tous les caractères, et que la doctrine et la pratique ont consacré désormais la dénomination de *retrait*, écartée par le Code, pour l'*action en subrogation* d'autrefois. Ce droit établi, principalement en vue de garantir les héritiers contre la cupidité excessive des acheteurs de droits successifs, a donné lieu à un grand nombre de questions que le savant auteur a résolues avec sa logique et sa sûreté habituelles. C'est là une des matières les plus fécondes en procès, et il nous semble que le législateur, en intervenant ici pour briser une convention librement formée, n'a guère atteint le but qu'il se proposait par cette sorte d'expropriation forcée. Nous croyons qu'en général on doit regretter tout ce qui semble porter atteinte, directement ou indirectement, à la stabilité des conventions et à l'inviolabilité du droit de propriété, dans des vues d'utilité souvent fort contestables, ordinairement condamnées par la pratique aussi bien que par la science économique. Si les anciens jurisconsultes français avaient été plus versés dans l'économie politique, on verrait moins souvent dans nos lois civiles ces restrictions prétendues utiles du principe de liberté, trop fréquemment contraires à l'intérêt qu'elles tendent à protéger; mais nous ne pouvons insister sur ce point qui mériterait d'être traité spécialement, et qu'ont déjà abordé MM. Rossi et Serrigny, avec l'autorité qui appartient à ces hommes éminents. Bornons-nous à dire que nous approuvons la tendance générale de M. Demolombe à interpréter strictement les dispositions de la loi en matière de retrait successoral.

L'auteur a traité avec non moins d'étendue et de succès tout ce qui concerne le rapport. Il en explique les origines et la base juridique avec une grande sûreté d'érudition, et prouve très-bien, contre des auteurs récents, qu'il se fonde sur la volonté présumée du père de famille. Quant au rapport des legs, il l'explique par les traditions de l'ancien droit français favorable à l'égalité entre les héritiers, et rejette la théorie germanique de la copropriété familiale, par laquelle des auteurs éminents ont voulu expliquer l'ancienne incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.

Nous ne pouvons entrer dans l'examen des nombreux problèmes que M. Demolombe discute avec tout le soin qu'ils méritent, en exposant d'une manière lucide et nette les arguments des diverses opinions, et les monuments de la jurisprudence. Il

a traité notamment avec un talent remarquable la question des dispenses de rapport. C'est ainsi qu'il prouve très-bien que la dispense doit être expresse et se trouver en principe dans l'acte même; toutefois il nous semble faire une concession dangereuse en admettant que les juges pourront puiser dans les circonstances extérieures des moyens d'éclairer la véritable intention du disposant. M. Demolombe a défendu (n° 253) avec beaucoup de vigueur le système d'après lequel les donations déguisées ne sont point par elles-mêmes dispensées du rapport; il combat même l'opinion mixte de la jurisprudence qui, dans ce cas, permet au juge de rechercher l'intention de dispenser du rapport, dans des faits indépendants du déguisement, et de *se prononcer suivant l'impression produite par les faits sur la conscience du magistrat.*

On lira avec fruit les développements de l'auteur sur l'article 845, du Code Napoléon, qui a donné lieu à de si graves controverses ; le savant doyen y rétablit, à notre avis du moins, les bases de la vraie doctrine sur les avancements d'hoirie et sur les effets de la renonciation à succession par cohéritier donataire. En s'écartant de ces principes, la jurisprudence a fait naître dans la matière de la réduction une confusion dont le savant jurisconsulte montre très-bien les dangers. Nous attendons beaucoup de lumières sur cet objet de son *Traité sur les donations;* car le sujet de la quotité disponible, déjà exposé avec tant de logique par notre savant confrère, M. Vernet, ne peut manquer de bien inspirer le célèbre doyen de la Faculté de Caen.

Signalons, en terminant, la lumineuse dissertation de l'auteur sur le rapport des dettes, matière fertile en questions délicates et épineuses, et sur le rapport des meubles incorporels, auxquels il pense qu'on doit appliquer sans distinction l'article 868 du Code Napoléon.

GUSTAVE HUMBERT,
Agrégé à la Faculté de droit de Toulouse.

Mémoires de Louis XIV pour l'instruction du dauphin, première édition complète, d'après les textes originaux, avec une étude sur leur composition, des notes et des éclaircissements, par M. CHARLES DREYSS ; librairie académique de Didier et Cie, libraires-éditeurs. — 2 vol. in-8; prix, 14 francs.

Est-il dans toute l'ancienne monarchie un prince dont la vie ait offert des contrastes plus variés que celle de Louis XIV?

Faisant fièrement respecter ses droits à Rome, au début de son règne ; soumis au P. Tellier, à la fin ; dictant des lois à l'Europe au traité de Nimègue, et parlant, trente-quatre ans plus tard, de franchir la Loire devant une invasion victorieuse, et de s'ensevelir sous les ruines de la monarchie ; enfin sortant des troubles de la Fronde où tous les principes étaient remis en discussion, et plus tard se croyant en droit de dire : « Mon fils, dans l'État où vous devez régner après moi, vous ne trouverez point de compagnie qui ne se croie obligée de mettre... son unique sûreté dans son humble soumission [1] ; » à tous ces titres, ne provoque-t-il pas l'étonnement et n'éveille-t-il pas la curiosité ? Et d'un autre côté, quel prince a été plus diversement jugé par les historiens que celui dont la mémoire est placée entre les éloges outrés de Voltaire et les violentes attaques de Lemontey ? Au milieu des doutes qui agitent l'esprit, ne désire-t-on pas, avant tout, de l'entendre lui-même, non pas à la vérité comme une autorité décisive dans ce grand débat, mais comme présentant aux jugements de la postérité un témoignage de la plus haute importance ? De là tout l'attrait des *Mémoires de Louis XIV*, et leur indispensable nécessité pour ceux qui désirent connaître le dix-septième siècle.

Nous n'avons ici à étudier cet ouvrage que par rapport à la jurisprudence ; mais même en nous bornant à ce point de vue, il est impossible de n'en pas reconnaître l'utilité comme document historique. Quand on parle de jurisprudence au temps de Louis XIV, la pensée se reporte tout de suite à ces belles ordonnances de 1667, de 1669, de 1670 et autres, véritables codes complets pour cette époque.

On se demande quelle est la part légitime qui revient à Louis XIV lui-même dans ce grand ouvrage de législation. A chaque instant, dans le procès-verbal de ces conférences [2], qui furent tenues à ce sujet entre les principaux conseillers d'État et les députés du Parlement, on voit que Pussort, pressé par le premier président de Lamoignon, répond qu'il en parlera au roi, que le roi décidera. Mais était-ce une simple flatterie de la part de Pussort, qui voulait être chancelier, ou un moyen

[1] *Mémoires*, II, 9.

[2] *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du roi pour l'examen des ordonnances*, etc. ; Paris, 1776.

d'échapper à la logique pressante et vigoureuse du jurisconsulte parlementaire, en invoquant la raison d'État ? Les Mémoires de Louis XIV tranchent très-bien cette difficulté : « Je continuais de travailler à certains jours réglés, dit le prince, au rétablissement général des ordonnances qui regardaient la justice et la réformation des abus qui s'y étaient introduits, ayant résolu que dès lors que j'aurais mis ensemble un certain nombre d'articles suffisants, je les enverrais vérifier dans les compagnies, pour donner en cela au public des marques certaines du soin assidu que j'avais à chercher son soulagement. » Ces mots se rapportent au premier travail sur ces ordonnances, qui se fit dans le sein du Conseil d'État. Lorsque l'adresse du premier président de Lamoignen eut déjoué les rancunes antiparlementaires de Colbert, on forma ces célèbres conférences dont on a parlé plus haut, où l'on revoyait chaque article pour le modifier, le changer complétement ou le laisser. Ces conférences se tinrent à l'hôtel Séguier. « Je fis lire tous les articles chez mon chancelier, dit alors Louis XIV, où se trouvaient les députés de toutes les chambres, avec des commissaires de mon Conseil ; et quand, dans la conférence qu'ils y faisaient, il se formait quelque difficulté raisonnable, elle m'était incontinent apportée pour y pourvoir ainsi que j'avisais. Après laquelle discussion j'allai enfin en personne faire publier l'édit.[1] » La lutte du Parlement et du Conseil d'État, les travaux et la rivalité secrète de Colbert et de Lamoignon, qui avait donné à Louis XIV la première idée d'une réformation dans les lois, le royal écrivain n'en parle pas ; mais on observera qu'il ne voit que lui-même dans son siècle, en tout, guerre, administration, législation, finances. Il croyait former lui-même les grands hommes qui l'entouraient. « C'est ce qui donna tant d'autorité à ses ministres, dit Saint-Simon, par les occasions qu'ils avaient de lui attribuer toutes choses, et de les avoir apprises de lui ; ... avec un peu d'art et d'application, ils faisaient venir comme de lui ce qu'ils voulaient eux-mêmes[2]. » Il a l'air de s'excuser d'avoir eu des ministres comme de Lyonne, Le Tellier, Colbert et Louvois. « Ils me semblèrent suffisants, dit-il, pour exécuter sous moi les desseins dont j'avais

[1] *Mémoires*, II, 225.
[2] *Mémoires de Saint-Simon*, XIII.

résolu de les charger[1]. » On ne s'étonnera donc pas de lire les mots suivants, au sujet des ordonnances : « Je suis le seul qui fais marcher la chose par tout ce que je fais[2]. » Et encore : « Moi seul insistai à cela pour le bien public, tous les officiers ayant des intérêts contraires, parce que cela était ensemble juste et glorieux[3]. » Cette exagération n'étant plus à craindre une fois qu'on en connaît la source, on voit que les *Mémoires de Louis XIV* complètent et éclaircissent le procès-verbal des conférences. C'est à lui qu'on en référait lorsqu'il survenait de trop grandes difficultés dans ces conférences, c'est lui-même qui dirigea tous lès travaux qui s'accomplirent au Conseil d'État.

Quand il parle du Parlement de Paris lui-même, l'organe et le dépositaire de nos lois pendant tant de siècles, il le fait avec un mépris et des expressions parfois si blessantes qu'on s'en étonne d'abord. « Je ne voulais pas, dit-il, par exemple, que le Parlement se fît l'honneur de croire que je prenais intérêt à le ravaler[4]. » A la date de 1666 il écrit : « Il est constant que dans l'État où vous devez régner après moi, vous ne trouverez point d'autorité qui ne se fasse honneur de tenir de vous son origine et son caractère, point de corps de qui les suffrages osent s'écarter des termes du respect, point de compagnie qui ne se croie obligée de mettre sa principale grandeur dans le bien de votre service et son unique sûreté dans son humble soumission[5]. » Il fallait qu'il craignît beaucoup cette compagnie, pour affecter une aussi entière absence d'inquiétude à son sujet, et c'est ce que fit bien voir l'inutile tentative de corruption que l'on essaya cette année même sur Guillaume de Lamoignon, pour que, par un faux semblant de zèle, il poussât les enquêtes à quelque excès. C'est ce que montre encore le grand nombre de parlementaires exilés en 1669, et enfin le fameux édit de février 1673. Le roi Louis XIV, en apparence, a écrit ses *Mémoires* pour l'instruction de son fils, mais en réalité pour la postérité. Il cherche d'avance à prendre lui-même dans l'histoire le rang qu'il voulait y occuper. Et qui ne voit combien ce mépris affecté fait en-

[1] *Mémoires de Louis XIV*, II, 391.
[2] *Ibid.*, II, 151.
[3] *Ibid.*, 156.
[4] *Ibid.*, I, 125.
[5] *Ibid.*, II, 9.

core mieux connaître ses craintes et ses ressentiments secrets, que n'auraient pu le faire les plus intimes confidences? « Le feu roi, écrit d'Aguesseau, n'a jamais perdu le souvenir des troubles de sa minorité [1]. » Et Saint-Simon emploie la même pensée pour expliquer l'invincible aversion que le prince éprouvait pour Paris. « Les troubles de la minorité, dit-il, dont cette ville fut le grand théâtre, avaient imprimé au roi de l'aversion pour elle, et la persuasion encore que son séjour y était dangereux [2]. »

En étudiant cet ouvrage au point de vue de la législation, pourrait-on oublier ces admirables doctrines gallicanes, si originales chez Louis XIV, ces règlements nouveaux qu'il voulait faire pour le haut clergé et pour les communautés, cette théorie de la propriété, que nous n'acceptons certainement pas, mais qui montre mieux l'attitude hostile de la royauté en face de la propriété féodale; enfin ces idées sur l'impôt, très-fausses, nous l'avouons, mais qui, par leur hardiesse même, préparaient le moment où les charges de l'État seraient également réparties sur toutes les classes de la société.

Voici donc enfin Louis XIV; non plus celui que plusieurs ont voulu rabaisser ou grandir, suivant leurs opinions politiques, mais le Louis XIV de l'histoire, avec sa physionomie particulière et toute vivante, avec ses faiblesses et ses grandeurs, ses joies et ses craintes, ses aversions et ses goûts, les principes qu'il élève et ceux que son orgueil se plaît à fouler aux pieds, ajoutant un trait de plus à la vérité de la peinture au moment même où il cherche inutilement à dissimuler ses plus secrètes pensées : la vérité ne se prescrit pas.

M. Charles Dreyss, le nouvel éditeur de cet ouvrage, a eu le bonheur d'en retrouver quelques pages inédites; il a su les disposer avec art, après les avoir cherchées avec persévérance. Après l'avoir ainsi rendu plus complet, il a voulu en faire mieux connaître l'histoire. C'est l'objet d'une excellente étude qui sert d'introduction aux *Mémoires*. Nous apprenons qu'à côté de Pélisson il faut placer, comme rédacteur des *Mémoires*, M. de Périgny, ancien magistrat du temps de la Fronde, et depuis lecteur du roi. Après l'avoir ainsi fait sortir de la tombe, M. Dreyss

1 *Œuvres de d'Aguesseau*, XIII, 27.
2 *Mémoires de Saint-Simon*, XIII.

nous donne tous les renseignements historiques qui peuvent se rapporter à son personnage favori. Les détails plairont aux savants ; ils seront, pour les simples amateurs, une garantie du travail de l'auteur. Nous en dirons autant de tous les détails qui se rapportent à l'éducation du grand Dauphin. Nous regrettons seulement de voir la gracieuse figure de La Vallière, et d'autres encore, apparaître tout à coup dans ce saint et sévère tableau de l'éducation du jeune prince. On dirait une apparition éblouissante traversant rapidement une salle d'étude, pieux asile du recueillement et du travail. D'autres, en ceci, ne seront peut-être pas de notre avis, à la vue de ces figures des La Vallière et des Montespan, qui pourtant, il faut l'avouer, commencent à devenir un peu communes : ici du moins elles sont ressemblantes. Bien loin de blâmer l'historien d'avoir trop insisté sur l'éducation du grand Dauphin, nous lui aurions volontiers demandé d'autres renseignements. Par exemple, une étude rapide des procédés d'enseignement qu'employa Bossuet pour l'éducation de son élève, comparés avec ceux que préféra Fénelon pour celle du duc de Bourgogne, serait fort utile aux maîtres qui voudraient mieux connaître, par d'éclatants exemples, quelques-uns des secrets de leurs nobles mais délicates fonctions. Enfin, et pour nous résumer, s'il est vrai de dire que les *Mémoires de Louis XIV* sont un des ouvrages les plus utiles à ceux qui veulent bien connaître le plus beau siècle de notre histoire, il ne l'est pas moins d'ajouter que la meilleure édition qu'on en ait donnée est assurément celle de M. Ch. Dreyss.

FRANCIS MONNIER.

Des droits de propriété des communes et des sections de communes sur les biens communaux, de la mise en valeur de ces biens, et de l'emploi de leurs prix de location et de vente, par M. CAFFIN, sous-préfet à Rochechouart (Haute-Vienne). — Paris, Durand, 1860. 1 vol. in-8 ; prix, 3 francs.

La thèse de M. Caffin, fondée sur d'ingénieuses recherches de statistique locale, est celle-ci : Les communes sont, par la seule force de la loi, propriétaires de tous les biens communaux qu'elles renferment. Les sections de commune ne peuvent avoir de communaux particuliers qu'autant que leur droit est prouvé par titres et s'exerce en nature. Que si les communaux des sec-

tions viennent à être affermés ou vendus, c'est dans la caisse communale que devront entrer les prix de vente ou de location.

L'auteur a fait une étude approfondie du pays qu'il administre, et on ne saurait méconnaître qu'il plaide sa cause en avocat habile et convaincu ; mais il nous est impossible de partager sa conviction. En effet, si obscure que soit l'histoire de la propriété communale, il est cependant bien établi que cette propriété n'appartient pas exclusivement aux communes dans le sens que nous attachons aujourd'hui à ce dernier mot.

La preuve en est dans les coutumes qui consacrent, de la manière la plus formelle, le droit primitif et originaire de ce que nous appelons aujourd'hui les sections de commune. La coutume d'Auvergne dit expressément que dans les montagnes les pâturages se limitent *par mas et villages*, en sorte que les habitants d'autres villages n'y peuvent faire pâturer, encore qu'ils soient de la même justice. On trouve des dispositions semblables dans beaucoup d'autres coutumes, et cela s'explique facilement. En effet, les pâturages communaux sont un reste de la culture commune qui a précédé partout la culture isolée ; ils appartenaient donc exclusivement aux habitants entre lesquels il y avait communauté de culture, c'est-à-dire aux habitants du même village, du même mas et ténement, comme dit la coutume d'Auvergne. Cette institution n'a donc rien de commun, ou plutôt elle n'a que des rapports fortuits avec l'institution des paroisses ou des justices, ou avec l'institution toute récente des communes. Historiquement, on ne saurait soutenir que la commune est antérieure à la section.

Nous ne pouvons davantage admettre que si un bien de section vient à être loué ou vendu, c'est la commune qui doit profiter du prix de location ou de vente. Le Conseil d'Etat nous paraît avoir très-judicieusement décidé que si, d'après la loi de 1837, les Conseils municipaux ont le droit de régler le mode de jouissance des biens communaux appartenant soit aux communes, soit aux sections de communes, l'exercice de ce pouvoir ne peut aller jusqu'à transférer à la commune entière la jouissance qui, dans le cas prévu par l'article 5 de la même loi, est réservée exclusivement à la section. Tout autre système conduit à la suppression des biens de section. R. D.

De l'abolition de l'esclavage ancien au moyen âge et de sa transformation en servitude de la glèbe, par J. YANOSKI.— Paris, Durand, 1860, in-8; prix, 3 francs.

Ce mémoire, couronné par l'Institut en 1839, fait suite à l'*Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, publiée par M. H. Wallon en 1847. Il se divise en trois chapitres : droit barbare, influence chrétienne, révolutions politiques qui ont substitué à toute espèce de servitude la servitude de la glèbe.

Sur le premier point l'auteur établit que le droit barbare ne se montra point favorable à l'abolition de l'esclavage. Bien loin d'apporter des adoucissements au sort de l'esclave, il fit même disparaître pour un instant les changements importants que la civilisation romaine et le christianisme avaient apportés à l'institution de l'esclavage.

Sur le second point l'auteur n'a pas de peine à démontrer que l'Eglise chrétienne a exercé une influence décisive sur l'esclavage, soit par le rachat des captifs, soit par la multiplication des affranchissements, soit par les adoucissements qu'elle apporta ou fit apporter à la condition des esclaves. En proclamant que l'esclave était un homme, elle le fit passer de l'état de chose à l'état de personne.

Quant à la servitude de la glèbe, l'auteur pense que c'est vers la fin du neuvième siècle qu'elle s'est complétement substituée à l'esclavage ancien. Les esclaves attachés à la culture des terres ont été de bonne heure considérés comme attachés à l'immeuble, comme immeubles par destination. D'autre part, la classe des esclaves meubles a fini par disparaître dans l'appauvrissement et la misère générale. C'est ainsi que s'est faite la transformation.

On lira avec plaisir ce mémoire savant et précis qui fait regretter la mort prématurée de l'auteur, enlevé en 1851, avant d'avoir pu reprendre le travail couronné par l'Institut et en faire un livre. En écrivant une histoire des classes serviles au moyen âge, M. Yanoski aurait sans doute corrigé ce que ses conclusions peuvent avoir d'exclusif et de trop absolu. C'est en effet une question complexe que celle de l'origine du servage. S'il est vrai de dire que l'esclavage s'est transformé en servitude de la glèbe, il est incontestable également que la classe des serfs s'est aussi recrutée pour une forte part dans celle des hommes libres. Il y

a eu abaissement d'un côté, s'il y a eu progrès de l'autre. C'est ce que montre l'histoire des divers pays de l'Europe, et surtout des Etats germaniques ou slaves, dans lesquels le servage proprement dit est d'origine plus récente, et où l'on peut suivre, en quelque sorte pas à pas, la trace de l'asservissement du paysan libre. Sous cette réserve, qui du reste n'ôte rien au mérite du mémoire de M. Yanoski, nous adoptons entièrement les conclusions de son savant travail. R. D.

Eléments de droit romain, par M. Charles Maynz, professeur de droit à l'université de Bruxelles. — Bruxelles, Decq ; Paris, Durand. 2e édition, 1856-59. 2 vol. gr. in-8 ; prix, 18 francs.

Lorsqu'après les événements de 1815 le gouvernement des Pays-Bas songea à réorganiser l'instruction supérieure en Belgique, l'enseignement du droit romain était d'une faiblesse incroyable. Un des jeunes professeurs allemands qui furent appelés à cette époque dans les universités belges, M. Warnkœnig, aujourd'hui un des vétérans de la science du droit, nous apprend que les manuels servant de texte aux leçons étaient pour les Institutes un *Brevis Commentarius* d'un certain Roger, et pour le Digeste des *Recitationes ad Pandectas* d'un certain Maurissen, le tout écrit en latin barbare, tout hérissé de formules scolastiques, et inférieur à ce qui s'écrivait au quinzième siècle. Grâce aux efforts de M. Warnkœnig, de ses collègues et de ses élèves, cet état de choses est aujourd'hui bien changé, le *Traité de droit romain* publié par M. Maynz peut être mis à côté des meilleurs ouvrages de ce genre publiés en Allemagne.

Ce *Traité de droit romain* formera trois volumes. Les deux premiers comprennent l'introduction historique, les définitions générales, les droits réels et les obligations. Le troisième traitera de la famille et des successions. C'est, comme on le voit, l'ordre généralement suivi en Allemagne. Il est déjà connu en France par la traduction du *Traité de droit romain* de M. de Savigny : c'est celui qui se prête le mieux à une exposition dogmatique ; et, il faut bien le dire, la méthode d'exposition dogmatique n'est pas assez pratiquée en France. Si la méthode exégétique a produit chez nous d'excellents ouvrages, nous manquons encore de bons traités généraux où l'on puisse envisager la science dans

son ensemble. L'ouvrage de M. Maynz nous paraît de nature à combler cette lacune de l'enseignement dans les écoles françaises.

Allemand d'origine, et familiarisé avec les immenses travaux de l'érudition germanique, M. Maynz n'est pas resté étranger aux travaux qui se sont faits en France. Il apporte d'ailleurs le résultat d'une expérience déjà longue et d'un labeur de plusieurs années, puisque la première édition de cet ouvrage a paru en 1845. Nous ne pouvons analyser ici les deux volumes que nous avons sous les yeux, nous en signalons seulement le mérite, en invoquant au besoin le témoignage de M. Warnkœnig, exprimé dans la *Revue critique de Heidelberg*.

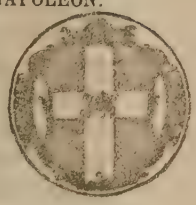
Mais ce que nous ne pouvons omettre, c'est de louer la pénétration remarquable avec laquelle M. Maynz fait comprendre la vie et le jeu des institutions romaines. Le grand défaut des jurisconsultes, et particulièrement des romanistes, a toujours été de se renfermer exclusivement dans leur objet et de se condamner ainsi à n'avoir pas une juste idée de ce qu'étaient en réalité les institutions dont ils font l'anatomie. Pour suivre cette comparaison, ce n'est pas tout que de savoir et de retenir une masse énorme de détails. Il ne suffit même pas d'en saisir le lien logique. Il faut s'élever plus haut et chercher une lumière nouvelle dans l'histoire et la législation comparée. Cette science n'est que d'hier, mais elle a déjà donné des fruits et rectifié bien des appréciations erronées. Elle est à l'étude du droit ce que la philologie comparée est à l'étude des langues. C'est par elle seulement qu'on arrivera à expliquer, il faut au moins l'espérer, ce qui reste encore d'énigmes dans l'histoire de la législation romaine.

Nous ne pouvons donc trop approuver l'emploi de cette méthode dans l'ouvrage de M. Maynz, emploi sobre et judicieux, mais annonçant des études variées, et, si nous pouvons nous exprimer ainsi, le sens historique. Ses courtes observations sur l'histoire de la propriété romaine et sur le sens des vieilles formes curieusement rapportées par Gaïus sont peut-être ce qu'on a écrit de plus satisfaisant sur ce sujet. R. D.

DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET D'APRÈS LE CODE NAPOLÉON.

(Suite et fin [1].)



TROISIÈME PARTIE.

DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE D'APRÈS LE CODE NAPOLÉON.

PRÉAMBULE.

§ 1. *Législation intermédiaire.* — Il importait d'esquisser le rôle que l'institution contractuelle joua dans l'ordre politique sous l'ancien droit, pour comprendre les attaques violentes dirigées contre elle par la législation intermédiaire.

Nous voici, en effet, arrivé à une époque importante, à notre grande révolution de 1789.

Au dix-huitième siècle, une ardeur extraordinaire s'était emparée des esprits. Toutes les pensées étaient dirigées vers le renouvellement de l'ordre existant. On aspirait à un état nouveau ; on demandait à grands cris réforme et liberté. C'étaient là les symptômes d'une de ces crises où une nation change totalement de caractère.

La tempête éclate en 1789 et va se prolongeant dans les années suivantes. Le tourbillon révolutionnaire renverse, déracine, emporte les institutions. Le délire de la destruction dépose en trophées sanglants les débris du passé sur l'autel érigé à la patrie. Noblesse, clergé, vieilles illustrations, religion, tout se confond dans le même abîme. La royauté elle-même, ce palladium constant de la France, tombe et est sacrifiée dans la personne du plus sincère philanthrope. Au règne du descendant de saint Louis succède celui de la Terreur ; la croix du Christ est supplantée par la statue de la déesse Raison.

Ce n'est pas ici le lieu de juger cette mémorable révolution qui a renouvelé la face de la France. C'est le rôle de l'historien plutôt que celui du juriste. D'ailleurs, et pour le dire en passant,

[1] Voir la précédente livraison.

on semble aujourd'hui fuir les opinions extrêmes, pour faire la part de toutes choses. C'est ainsi que, loin d'amnistier les crimes auxquels la cause de la révolution a servi de prétexte, on les condamne, parce que, malgré ces circonstances, l'homme est toujours libre et responsable de ses actes ; c'est ainsi, d'un autre côté, qu'on proclame la grandeur des principes de la Révolution, l'utilité de leur triomphe. Comparant cette époque aux autres crises violentes de l'histoire, le philosophe admire comment Dieu, le suprême alchimiste, fait sortir le bien du mal, comment toutes les grandes conquêtes de l'humanité s'accomplissent au milieu des convulsions et sous le baptême régénérateur du sang.

Durant cette période orageuse, la plupart de nos lois s'engloutissent dans un même naufrage. L'institution contractuelle pouvait-elle échapper à cette destinée générale ? Vestige des usages féodaux, soutien de la noblese, devait-elle trouver grâce devant la révolution qui avait anéanti les derniers restes des droits féodaux, les titres et les priviléges de la noblesse ?

Les lois des 4-11 août 1789 abolissent la féodalité. Le décret du 9 juin 1790 détruit la noblesse. Le système des successions, clef de voûte de l'édifice aristocratique, est bouleversé. Le décret du 15 mars 1790 abolit le droit d'aînesse et de masculinité à l'égard des fiefs, domaines et aïeux nobles, et les partages inégaux à raison de la qualité des personnes. Celui du 8 avril 1791 généralise cette abrogation et fait disparaître les dernières traces des priviléges résultant de la masculinité et de la primogéniture. Désormais « toute inégalité ci-devant résultant, entre héritiers *ab intestat*, des qualités d'aînés ou de puînés, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie. » Les substitutions sont prohibées par le décret des 14-15 novembre 1792.

Jusqu'ici l'institution contractuelle est respectée ; mais il est facile de prévoir qu'elle n'échappera pas longtemps au marteau de destruction.

Elle est atteinte d'abord par la loi du 7 mars 1793, abolitive de la faculté de disposer de ses biens, soit à cause de mort, soit entre vifs, soit par donation contractuelle en ligne directe. Cette première attaque est le prodrome d'une mort imminente. Quand la loi du 17 nivôse an II vient consacrer la rupture définitive avec le passé et l'établissement systématique des principes nouveaux

sur la transmission des biens *ab intestat*, ce Code successoral s'ouvre par la disposition suivante : « Les institutions contractuelles et toutes dispositions à cause de mort, dont l'auteur est encore vivant ou n'est décédé que le 14 juillet 1789, ou depuis, sont nulles, quand mêmes elles auraient été faites antérieurement. » Et, plus bas, sont prohibées toutes les libéralités à titre universel.

On ne se contente pas d'enlever des droits acquis. On méprise encore des droits ouverts et réalisés. Il semble que la Convention nationale ait à cœur de réparer, par une brutale rétroactivité, l'oubli commis par l'Assemblée constituante et par l'Assemblée législative.

Plus tard, cependant, c'est-à-dire le 18 pluviôse an V, le Conseil des cinq cents, considérant que les changements survenus dans les lois relatives aux successions ont fait naître plusieurs difficultés qui empêchent les tribunaux de prononcer sur les réclamations qui leur sont adressées à cet égard, maintient les institutions contractuelles et les autres dispositions irrévocables de leur nature, légitimement stipulées en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793, et en ligne collatérale ou entre individus non parents, antérieurement à la publication de la loi du 5 brumaire an II.

Mais la prohibition renfermée dans l'article 1er de la loi du 17 nivôse an II continue de subsister jusqu'à nouvel ordre. Elle est maintenue par la loi du 4 germinal an VIII. Tel fut, sous la législation intermédiaire, le sort de l'institution contractuelle. Elle a succombé sous les coups de la Révolution. Il devait en être ainsi, parce qu'il est de la nature des révolutions de proscrire non-seulement l'abus, mais encore l'usage, d'arracher et de livrer au feu l'arbre qui aurait pu donner de bons fruits, si on eût seulement élagué ses mauvaises branches : radicalisme outré, suivi bientôt de ruines sans nombre.

Le glaive de la Terreur une fois brisé, l'agitation cesse. L'horizon s'entr'ouvre et le soleil vient éclairer des décombres: On avait voulu tout détruire, il faut tout réparer. Il était temps enfin qu'une main puissante se posât sur ce chaos pour en faire jaillir une société nouvelle.

Cette main restauratrice arriva : c'est celle du premier Consul.

§ 2. *Code Napoléon.* — *Travaux préparatoires.* — La constitution de l'an VIII ouvre à la France une ère de grandeur. Dans le

sein de la paix intérieure qui succède à l'anarchie, le premier Consul applique son génie à relever l'édifice social pour le reconstruire suivant le plan des idées nouvelles; car, dans cette œuvre de restauration, les principes de la Révolution ont leur part d'influence modérée et légitime. Dans le préambule de la constitution qui nous régit aujourd'hui, le chef de l'Etat a pu dire, d'accord avec le sentiment général et la réalité historique : « Notre société actuelle, il est essentiel de le constater, n'est pas autre chose que la France régénérée par la Révolution de 1789 et organisée par l'Empereur. Il ne reste plus rien de l'ancien régime que de grands souvenirs et de grands bienfaits. Mais tout ce qui alors était organisé a été détruit par la Révolution, et tout ce qui a été organisé depuis la Révolution et qui existe encore l'a été par Napoléon. »

Au milieu de ce travail de réorganisation sociale, il est une œuvre qui rend le premier Consul digne de la reconnaissance de la postérité : c'est celle qui porte son nom : le *Code Napoléon*.

Depuis longtemps des esprits éminents avaient été frappés de la nécessité d'une législation uniforme pour toute la France. Des essais de codification avaient même été tentés, mais d'une manière infructueuse. L'Assemblée nationale avait, à son tour, déclaré l'urgence de l'unité dans les lois. Il était réservé à Napoléon de réaliser cette unité. A compter du 30 ventôse an XII (21 mars 1804), les lois civiles sont réunies en un seul corps de lois, sous le titre de *Code civil des Français*. Désormais plus de diversité, plus de bigarrure. Les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi.

Le Code Napoléon est une transaction non-seulement entre le droit écrit et les coutumes, mais encore entre l'esprit de l'ancienne monarchie et celui des Assemblées nationales de la Révolution sur les matières civiles. Parmi les jurisconsultes qui concoururent à la confection de ce grand monument législatif, ceux-ci appartenaient au nord, ceux-là au midi de la France. Les uns étaient attachés aux idées anciennes, les autres aux idées nouvelles. Le résultat de leurs travaux porte l'empreinte de la fusion de ces divers éléments.

L'ordre des successions est déterminé d'après la réaction de la législation intermédiaire contre le droit politique de l'ancien ré-

gime. Il ne peut être question de distinctions ni de priviléges : l'égalité devient la règle suprême. Plus de raison politique : à la dévolution des biens *ab intestat* préside l'équité, la raison civile. La conservation de la richesse dans les familles n'est plus le but de la loi. C'est, au contraire, le morcellement de la propriété, le nivellement des fortunes entre les individus. L'avenir apprendra de quel côté est le bien.

Si le Code Napoléon ne favorise pas la splendeur des familles, il tend, ce qui vaut beaucoup mieux, à propager l'esprit de famille. En cela, il satisfait, par la force même des choses, la raison d'Etat ; car l'esprit de famille, en se généralisant, se transforme en esprit de cité, et, comme l'a dit J.-J. Rousseau, c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande.

Le mariage est la source, seule pure, d'où la famille procède naturellement. Union des âmes et des corps, il fournit en même temps un aliment au besoin d'amour qui agite le cœur de l'homme, et un moyen de satisfaction légitime à la plus impérieuse de ses passions physiques. Selon les desseins de la Providence, il assure, par la procréation des enfants, la perpétuité des générations humaines. Ramené par le spiritualisme chrétien à la pureté de son essence originaire, offert par l'Eglise comme un canal qui transmet à l'âme la grâce divine, il entretient au sein de notre société civilisée, dans la même sphère de dignité, de grandeur, de communauté d'existence, la destinée de la femme et celle de l'homme. Il ouvre enfin à la famille la voie de sa véritable mission morale et sociale. L'opinion publique, en France, n'a jamais méconnu ces principes. Dans des circonstances récentes, lorsque la société était arrivée à un tel état de perturbation morale, que les idées les plus naturelles étaient combattues et mises en doute, la nation s'est tenue ferme sur un point : il n'y a guère eu qu'une chose sur laquelle l'universalité des citoyens ait protesté contre les doctrines subversives : c'est la sainteté du mariage et des liens de famille.

Le législateur de 1804 devait donc favoriser le mariage. Il l'a fait de plusieurs manières, et notamment en couvrant de sa protection les libéralités qui facilitent les unions conjugales, en forment la dot et en assurent la prospérité matérielle.

« Toute loi, disait Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs

du titre *des Donations et Testaments*, toute loi dans laquelle on ne chercherait pas à encourager le mariage serait contraire à la politique et à l'humanité. Loin de les encourager, ce serait y mettre obstacle, si on ne donnait pas le plus libre cours aux donations sans lesquelles ces liens ne se formeraient pas. »

Ces donations anténuptiales jouissent de nombreux priviléges. Elles sont, d'une part, peu onéreuses pour les donateurs; de l'autre, elles échappent à la sévérité de quelques-unes des règles auxquelles sont soumises les donations ordinaires.

Les donations faites par contrat de mariage et en contemplation du mariage sont régies par les dispositions du chapitre VIII du titre *des Donations et Testaments*, intitulé : « Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage. » Elles se divisent en quatre espèces : 1° les donations de biens présents; 2° les donations de biens à venir; 3° les donations cumulatives de biens présents et de biens à venir; 4° les donations de biens présents faites sous des conditions potestatives de la part du donateur.

La seconde classe, celle des donations de biens à venir, n'est autre chose que l'institution contractuelle. Elle est régie par les articles 1082 et 1083 du Code Napoléon.

Le projet du Code, émané de la Commission de rédaction, avait essayé timidement de rétablir l'institution contractuelle. Voici les articles du projet :

ART. 1082. « Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. — Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage, si le contraire n'a été exprimé dans la donation. Elle est sujette à la formalité de l'acceptation : il suffit qu'elle soit faite par l'époux donataire, pour profiter aux enfants du mariage. »

ART. 1083. « La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la

donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement : le donateur conserve jusqu'à sa mort la liberté entière de vendre et d'hypothéquer, à moins qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou en partie. »

Les tribunaux ne firent aucune observation sur ces dispositions. Arrivées à la section de législation du Conseil d'Etat, elles furent modifiées et corrigées dans le sens de la restriction des pouvoirs du donateur et de l'extension de la faveur des enfants à naître. On arrêta enfin la rédaction dans l'état où elle se trouve aujourd'hui ; et il y eut adoption pure, simple et sans discussion au Corps législatif.

Nous avons donc à présenter le commentaire détaillé des articles 1082 et 1083 du Code Napoléon, ainsi conçus :

ART. 1082. « Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. — Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage. »

ART. 1083. « La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

I

APERÇUS GÉNÉRAUX.

Dans le Code Napoléon, les pactes sur succession future sont prohibés. L'article 1130 dispose qu'on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. On a considéré qu'il y aurait, d'une part, danger au point de vue de l'ordre public, et, d'autre part, inconvenance ou immoralité à admettre de semblables stipulations.

Cependant, la faveur qui s'attache au mariage, la nécessité

d'encourager la création des familles imposaient au législateur le devoir de traiter moins rigoureusement certaines conventions sur succession future qui se font par contrat de mariage. « Le père qui marie ses enfants, a dit Bigot-Préameneu, s'occupe de leur prospérité : la dotation actuelle doit être presque toujours subordonnée à des dispositions sur la succession future. » Il fallait donc balancer les inconvénients de ces dispositions en général avec les avantages particuliers qu'elles peuvent offrir dans les contrats de mariage. C'est ce qu'a fait le législateur, et une certaine espèce de pactes sur succession future a été reçue dans les contrats matrimoniaux. Il y a, d'ailleurs, une grande différence entre les conventions par lesquelles on renonce à la succession d'un homme vivant, ou on aliène les droits qu'on peut avoir éventuellement à cette succession, et les conventions par lesquelles on dispose de sa propre succession au profit d'un tiers. Les premières sont si immorales et si dangereuses, qu'elles sont défendues même dans les contrats de mariage (art. 1600, 791). Les secondes, au contraire, ne violent pas nécessairement les principes des bonnes mœurs et de l'ordre public. Pourquoi les interdire quand elles profitent aux familles, quand elles facilitent la formation des unions conjugales ?

Voilà comment l'institution contractuelle a été admise dans le Code Napoléon, par dérogation à la prohibition des pactes sur succession future.

Ce n'est pas tout. L'article 943 prononce la nullité de la donation de biens à venir. L'article 944 déclare expressément nulle toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. Ces deux articles dérivent l'un et l'autre de la maxime : *Donner et retenir ne vaut*, maxime que le droit coutumier avait établie en haine des donations [1], et que le Code Napoléon a maintenue sans doute comme une règle nécessaire à la stabilité de la propriété. L'institution contractuelle déroge encore à cette règle : « Les règles, même les plus sévères, disait Jaubert, dans son rapport au tribunat, que la loi a cru devoir établir sur l'irrévocabilité des donations, doivent fléchir en faveur du mariage. La loi ne voit que la né-

[1] « Les donations sont de droit étroit, préjudiciables aux familles, et, par cette raison, on ne leur donne pas d'extension. » De Laurière, sur Loisel.

cessité de l'encourager. » — L'institution contractuelle déroge enfin à l'article 893 du Code Napoléon, qui ne reconnaît que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. En effet, l'institution contractuelle est une espèce de disposition mixte entre le testament et la donation. Elle emprunte certains traits au testament, certains traits à la donation, mais on ne peut pas dire d'une manière absolue qu'elle est une donation ou qu'elle est un testament. Cependant, c'est ce qu'a fait le Code Napoléon. A l'inverse de la législation intermédiaire qui avait compté l'institution contractuelle au nombre des dispositions à cause de mort, le Code Napoléon l'a rangée parmi les donations entre vifs. La rubrique sous laquelle se trouvent placés les articles 1082 et 1083 est ainsi conçue : « Des *donations* faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage ; » et, dans ces articles eux-mêmes, l'institution contractuelle est désignée par le mot « donation. » De là il semble résulter qu'en cas de difficulté, il faut soumettre l'institution contractuelle aux règles des donations entre vifs et non à celles des testaments.

On a eu raison de le dire : la doctrine peut reprocher aux rédacteurs du Code d'avoir tenté l'impossible, en classant l'institution contractuelle parmi les donations. Une disposition législative ne peut vaincre la nature des choses. Comme nous aurons occasion de le démontrer, il y a un grand nombre de questions dont la solution équitable ne peut être obtenue qu'en rapportant l'institution contractuelle, non pas aux donations entre vifs, mais aux testaments, de telle sorte qu'il faut encore répéter aujourd'hui ce que Domat écrivait dans ses *Lois civiles :* « Les institutions contractuelles ayant leur nature mêlée de celle des testaments et de celle des conventions, on doit distinguer en chaque difficulté si c'est par les règles des conventions ou par celles des testaments qu'on doit la résoudre. »

Le Code Napoléon n'a pas consacré la dénomination d'institution contractuelle, il l'a remplacée par celle de donation de tout ou partie des biens qu'on laissera au jour de son décès. Faut-il voir dans cette substitution l'effet d'un scrupule politique pareil à celui qui fit effacer de la législation civile certains noms rappelant des usages en opposition avec les idées nouvelles? Nous ne le pensons pas ; car rien dans la discussion à laquelle

furent soumis les articles 1082 et 1083 ne prouve qu'on ait eu le dessein d'écarter la dénomination d'*institution contractuelle*. Nous voyons, au contraire, Jaubert dire dans son rapport : « *Les institutions contractuelles* continueront d'être autorisées en faveur du mariage. » D'ailleurs, cette ancienne qualification, parfaitement convenable autrefois, n'est plus exacte aujourd'hui. Il n'y a plus d'héritier proprement dit, du moins suivant le sens de la loi romaine. L'institution d'héritier et le legs sont deux dispositions testamentaires de même nature : elles produisent le même effet (art. 1002). D'un autre côté, la donation de biens à venir par contrat de mariage peut comprendre non-seulement la totalité ou une quote-part de la succession du donateur, mais encore taxativement un objet particulier à prendre dans cette succession. Quoi qu'il en soit, la doctrine, par respect pour la tradition juridique, conserve l'expression d'*institution contractuelle*, qui est, du reste, fort commode dans la pratique.

II

Toute personne peut faire une institution contractuelle. L'article 1082 permet cette disposition non-seulement au père, à la mère et aux autres ascendants des époux, mais encore à leurs parents collatéraux et même aux étrangers. Sur ce point, pas de difficulté.

Il en est autrement de la question de capacité proprement dite. Comme nous l'avons déjà annoncé, l'institution contractuelle est un don de succession, un genre de libéralité anomal, tenant à la fois de la donation entre vifs et du testament. Pour donner par contrat de mariage tout ou partie des biens qu'on laissera au jour de son décès, suffit-il d'être capable de tester, ou faut-il avoir la capacité de donner entre vifs?

Il n'y a pas de controverse possible sur l'incapacité des personnes qui ne peuvent aliéner leurs biens ni par donation, ni par testament. Ainsi le condamné à une peine afflictive perpétuelle, qui ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, est évidemment incapable de faire une institution contractuelle. (Loi du 31 mai 1854, art. 3[1].)

[1] Nous pensons, avec M. Duvergier (*Collection des lois*, 1854, p. 290), que

Il en est de même du mineur âgé de moins de seize ans (art. 903 C. Nap.), et de l'interdit (art. 502, 509, 511 C. Nap.).

Toutefois, il y a cette différence entre le condamné à une peine afflictive perpétuelle d'un côté, et le mineur et l'interdit de l'autre, que l'institution contractuelle faite par le premier serait un contrat absolument nul, tandis que celle faite par les seconds serait seulement annulable (art. 1124, 1125 et 1304 C. Nap.).

Quid, des personnes qui sont frappées de l'incapacité de donner entre vifs et qui peuvent tester, par exemple, des mineurs âgés de plus de seize ans, des femmes mariées, des prodigues ou faibles d'esprit pourvus d'un conseil judiciaire, de ceux qui sont interdits légalement?

En règle générale, l'institution contractuelle ne peut être faite que par une personne capable non-seulement de tester, mais encore de donner par acte entre vifs. Instituer contractuellement, c'est bien plus que tester. La volonté du testateur est ambulatoire; celle de l'instituant est comprimée et enchaînée dans l'avenir. Instituer contractuellement, c'est aliéner la faculté de disposer désormais à titre gratuit; c'est se dépouiller *actuellement* et *irrévocablement* du droit de régler sa succession (art. 894 C. Nap.) : acte important et grave, puisqu'il entraîne une espèce de dessaisissement présent et à toujours. N'est-il pas, dès lors, rationnel et logique d'en subordonner l'exercice à la capacité requise pour la donation entre vifs?

C'est pourquoi le mineur qui a seize ans accomplis ne peut faire une institution contractuelle (art. 894, 304 C. Nap. — Cass., 30 nov. 1814).

cet article n'est pas irréprochable, qu'on eût dû laisser au condamné à une peine afflictive et infamante le moyen de disposer de ses biens pour l'établissement de ses enfants. Les enfants sont innocents. Et cependant la loi annule toutes les donations par lesquelles le père favoriserait leur mariage! Remarquons même que le conseil de famille ne peut pas aviser, en ce qui concerne l'établissement des enfants, suivant l'article 511 du Code Napoléon; car l'article 3 frappe le condamné d'une incapacité qui s'ajoute aux effets civils de l'interdiction légale et existe concurremment avec eux. En exprimant une opinion contraire dans son rapport sur la loi du 31 mai 1854, M. Riché a commis une erreur. — Il faut dire toutefois que le vice de la loi du 31 mai peut être corrigé, si le chef de l'Etat relève le condamné de tout ou partie des incapacités de l'article 3.

Même solution applicable aux personnes qui, pourvues d'un conseil judiciaire, sont incapables d'aliéner (art. 499, 513).

La femme mariée non autorisée ne pourrait faire valablement une institution contractuelle (art. 217, 905). Grenier est d'un avis contraire (n° 431, *in fine*). Cet auteur se fonde sur ce que l'autorisation du mari ou de justice n'est requise que pour les actes emportant aliénation, actes auxquels l'institution contractuelle ne saurait être comparée, puisqu'elle ne dépouille pas, qu'elle est une donation de succession. — Nous avons établi, au contraire, que l'instituant consent une véritable aliénation. Par conséquent, l'opinion de Grenier manque de base. — Elle pourrait être soutenue avec plus d'avantage, en apparence du moins, si on disait : l'autorisation nécessaire à la femme n'est exigée que dans le seul intérêt de l'autorité maritale. L'intérêt du mari est respecté, puisque l'institution contractuelle ne produira ses effets qu'après la dissolution du mariage. Il faut donc, pour la capacité de la femme, assimiler l'institution contractuelle au testament que la femme peut faire sans le consentement marital. — Toutefois, cette argumentation serait encore peu satisfaisante. La nécessité de l'autorisation n'a pas été introduite seulement en faveur de l'intérêt du mari ; elle repose également sur les intérêts collectifs de la famille dont le mari est le représentant et le chef. Elle a pour principe encore l'intérêt personnel de la femme qu'il faut protéger contre ses entraînements et son inexpérience. L'institution contractuelle peut un jour appauvrir la famille : et d'ailleurs le mari doit surveiller les relations de sa femme, car « les bonnes mœurs et l'honnêteté publique ne permettent pas à la femme d'avoir communication d'affaires avec autrui, sans le su et le congé de son mari, pour éviter suspicion. » (Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chap. XIX, n°s 46-51.)

L'application de ces principes est indépendante du régime matrimonial adopté par les époux. Quel que soit ce régime, la femme doit être autorisée de son mari, ou, à son refus, de la justice, pour donner par contrat de mariage tout ou partie des biens qu'elle laissera au jour de son décès.

Peu importe, du reste, la qualité de ces biens : propres, paraphernaux ou dotaux, ils peuvent être compris dans l'institution contractuelle.

Toutefois, la question de savoir si la femme mariée sous le régime dotal a la faculté de disposer de ses biens dotaux par une institution contractuelle est l'objet d'une vive controverse.

Nous penchons pour l'affirmative, avec Grenier, Delvincourt, Troplong, Duranton, contre Odier, Zachariæ et ses annotateurs, Rodière et Pont. Pourquoi la dot est-elle inaliénable? C'est pour que sa destination, qui est de subvenir aux charges du mariage, soit assurée. Or, que fait la femme en instituant contractuellement au moyen de sa dot? Entrave-t-elle la marche de l'union conjugale? Prive-t-elle cette association de ce qui doit en assurer la subsistance et la prospérité? en aucune manière. Le mari continuera d'administrer librement la dot et d'en percevoir les revenus. La femme, à son tour, pourra l'aliéner dans les cas exceptionnels où l'aliénation en est permise. Il est vrai qu'elle perdra le droit d'en disposer gratuitement. Mais cela ne met pas obstacle à l'emploi naturel de la dot durant le mariage. Nous disons *durant le mariage*. En effet, il ne faut pas se préoccuper de ce qui arrivera à sa dissolution. A cette époque, les biens donnés auront perdu la qualité de biens dotaux. C'est inutilement que MM. Rodière et Pont (*Contrat de mariage*, t. II, n° 491) objectent que l'institution contractuelle causera un grand préjudice au mari, à la femme et aux enfants. Au mari, en empêchant la femme de lui donner ou léguer les biens dont elle a déjà disposé contractuellement, comme si la dot était inaliénable pour faciliter les libéralités entre époux! A la femme qui, en cas de survie, trouvera difficilement un nouvel établissement, comme si la dot était aujourd'hui frappée d'indisponibilité pour le même motif qui dicta, sous Auguste, la loi Julia. (*Interest reipublicæ mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint.*) Est-ce que l'inaliénabilité des biens dotaux a pour but de favoriser les seconds mariages? D'ailleurs, la veuve qui, *constante matrimonio*, a fait une institution contractuelle comprenant ses biens ci-devant dotaux, pourra apporter ces mêmes biens dans une nouvelle association conjugale, car la constitution de dot par la femme est un contrat à titre onéreux. Peut-être même l'institution contractuelle sera-t-elle révoquée par la survenance d'une progéniture refusée au premier mariage. Aux enfants enfin, puisque l'institution contractuelle aura pour résultat de les dépouiller; mais les enfants issus du mariage auront

toujours leur réserve saine et sauve (1090 C. Nap.) Quant à la quotité disponible, qui pouvait empêcher leur mère de la léguer par testament? Elle l'a léguée par testament irrévocable. Voilà toute la différence.

Nous pouvons donc conclure avec M. Troplong: « Sans doute, toute aliénation qui fait tort au ménage, qui lui enlève ses ressources, qui nuit à l'établissement des enfants, doit être sévèrement critiquée et annulée. Mais pourquoi s'effaroucher d'une aliénation qui n'a d'effet qu'après la mort de la femme, qui, pendant le mariage, laisse les choses intactes, qui ne nuit à personne et n'est destinée à porter que sur des biens qui auront perdu l'empreinte de la dotalité »? (*Contrat de mariage*, n° 3272). Ajoutons avec la Cour de Grenoble (11 juin 1851), que, dans les pays de droit écrit, la femme dotale pouvait, avec l'autorisation de son mari, faire une institution contractuelle et que le Code civil a maintenu le régime dotal tel qu'il existait dans les pays de droit écrit, sauf les modifications qu'il a nettement formulées. (*Contrà*, Nîmes, 18 février 1834; Caen, 16 août 1842.)

La capacité pour faire une institution contractuelle est-elle compatible avec l'interdiction légale dont est frappé le condamné à une peine afflictive ou infamante temporaire? Il n'y a pas de doute. Trois systèmes se sont produits en doctrine et en jurisprudence sur la situation des condamnés interdits, quant à la disposition de leur fortune. D'après le premier, l'interdiction n'a d'effets que relativement à l'administration des biens, le condamné conservant d'ailleurs la plénitude de l'exercice de ses droits civils. Suivant le second, le condamné est privé entièrement de l'exercice de ses droits civils. Enfin, le troisième système, établissant une différence entre les aliénations entre vifs et les dispositions testamentaires, reconnaît la validité du testament fait par l'interdit, mais annule ses obligations, ses contrats, ses aliénations. Nous adoptons entièrement cette distinction pour laquelle se prononce la jurisprudence la plus récente. Cela posé, il semble que nous devions, conformément à la règle générale que nous avons énoncée, déclarer l'interdit légalement incapable d'instituer contractuellement. Néanmoins, le fondement de l'interdiction légale et la portée sainement entendue de l'article 29 du Code pénal nous amènent à embrasser l'opinion contraire. La loi a voulu d'abord ne pas laisser à l'abandon les biens

du condamné pendant la durée de sa peine, ce qui eût été la plupart du temps la ruine matérielle du condamné et même de sa famille. En second lieu, comme le discours de Treilhard, orateur du gouvernement, en fait foi, il eût été immoral et dangereux de permettre au condamné de faire, par de scandaleuses profusions, d'un séjour d'humiliation un séjour de joie et de débauches et de se procurer, par des largesses intéressées, des facilités d'évasion (art. 31 C. pén.). L'interdiction légale n'a pour but que d'exclure le condamné de toute administration et de toute jouissance de ses biens. Il est donc rationnel de ne refuser à l'interdit légalement que les actes entre vifs qui sont, par leurs effets, incompatibles avec le régime d'administration tutélaire auquel il est soumis. Or, l'institution contractuelle ne peut apporter aucun obstacle à cette administration. Elle est donc dans les limites de la capacité de l'interdit, au même titre que le testament.

L'institution contractuelle ne deviendrait pas caduque par l'incapacité dont l'instituant serait frappé postérieurement et qui continuerait de subsister au moment de son décès, par exemple, par la condamnation à une peine afflictive perpétuelle, par l'interdiction, etc. Si la capacité du testateur est requise aux deux époques de la confection du testament et de la mort qui le confirme, c'est parce que la loi considère le testament comme l'œuvre de la volonté dernière et suppose que la volonté qui en a dicté les dispositions a persévéré jusqu'au décès. Mais l'institution contractuelle est un contrat irrévocable, parfait depuis le moment où elle est offerte et acceptée : rien de ce qui arrive plus tard ne peut porter atteinte à cette perfection. En ce sens, l'institution contractuelle participe de la donation entre vifs. Par conséquent, de même que la capacité du donateur entre vifs n'est exigée qu'au moment de la formation du contrat, de même il importe peu qu'à son décès l'instituant soit incapable de disposer, pourvu qu'il ait été capable au moment où l'institution a eu lieu.

III

La donation de biens à venir est, ainsi que nous l'avons établi, une dérogation au droit commun, introduite afin d'encourager les mariages et de favoriser la formation d'une famille

nouvelle. Elle doit, par conséquent, être restreinte aux personnes qui vont contracter mariage et aux enfants et descendants à naître de ce mariage. Seules, ces personnes sont comprises dans la faveur du contrat de mariage. Voilà pourquoi l'article 1082 n'indique comme susceptibles de recevoir une donation de biens à venir que les époux et les enfants à naître de leur union.

De ce que l'article 1082 n'autorise ce genre de disposition qu'en faveur des futurs époux et de leur descendance à naître, il résulte que la clause d'association, si commune dans notre ancien droit français, est proscrite par le Code Napoléon.

Merlin, il est vrai, professe une opinion contraire (v° INSTITUTION CONTRACTUELLE, § 5, *Répertoire de jurisprudence*). Voici les raisons sur lesquelles se fonde ce savant jurisconsulte : Dans l'ancien droit, on regardait la clause d'association comme une substitution fidéicommissaire. La nouvelle législation, en prohibant les substitutions, n'a point entendu prohiber les simples fidéicommis qui ne sont caractérisés ni par le *tractus temporis*, ni par l'*ordo successivus*. Par conséquent, la charge que l'héritier institué est tenu de remplir au profit d'un tiers, au moment où il accepte l'institution, est valable. Ce qui le démontre encore, c'est l'article 1121, d'après lequel on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une donation faite à un autre. Seulement, suivant la disposition finale du même article, l'instituant est libre de révoquer l'association, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers associé à l'institution.

Plus un esprit est haut placé dans la doctrine, plus ses erreurs sont dangereuses, et plus il importe de les signaler et de les combattre. M Grenier, qui avait déjà opiné pour la nullité de la clause d'association, avant que Merlin n'eût écrit dans le sens contraire, s'efforça, dans une nouvelle édition du *Traité des donations et testaments*, de réduire au néant les objections de son contradicteur : « Malgré la grande déférence que j'ai pour ses opinions, dit-il, je persiste, surtout d'après les termes de la nouvelle législation, à regarder l'institution contractuelle qui n'a lieu au profit de celui qui ne se marie pas que par l'effet oblique d'une clause d'association, comme abusive et contraire à la pureté des principes. » Effectivement, les arguments de Merlin sont bien fragiles. Les dispositions du Code Napoléon sur les substitutions fidéicommissaires sont étrangères à la question,

puisque, de l'aveu même de Merlin, et quoi qu'en aient pensé Auroux des Pommiers et Bergier sous l'ancien droit, la clause d'association ne renferme pas une substitution fidéicommissaire. L'article 1121 n'est pas plus pertinent. En l'invoquant comme une arme décisive, Merlin tombe évidemment dans une pétition de principes. En effet, le législateur y a eu seulement en vue une donation entre vifs qui aurait pu être faite en son entier, au profit de celui qui y est gratifié.... Mais l'institution ne pourrait pas être faite au profit d'un individu qui ne se marie pas. Voilà la circonstance qui établit une différence de principes et qui empêche l'application de cet article 1121. » Merlin glisse sur cette dernière objection sans y répondre ; et cependant elle est écrasante contre son système. L'institution contractuelle est une exception. Les exceptions sont de droit étroit. Or, il résulte de l'article 1082 que nul ne peut participer à une institution contractuelle renfermée dans le contrat de mariage d'autrui. S'il en était autrement, « on verrait un individu qui ne se marie point se faire faire, par une simple acceptation, une véritable institution contractuelle, contre le vœu de la loi qui ne tolère ce mode de disposer qu'en faveur de celui qui se marie et par son propre contrat de mariage.... On verrait un véritable trafic des successions par des actes autres que ceux auxquels la loi, par les motifs les plus sages, en a attaché la transmission. » (N° 423.)

Merlin ne se tint pas pour battu par les objections que Grenier opposait à son système. Aussi ce dernier consacra-t-il un opuscule spécial à la réfutation de l'opinion de Merlin. Dans ce travail, inséré à la fin du *Traité des donations et testaments*, sous le titre : *Dissertation sur la validité ou invalidité de la clause d'association d'un tiers non contractant mariage, apposée à une institution contractuelle*, Grenier prend son adversaire corps à corps et le terrasse. Nous ne suivrons pas Grenier dans cette lutte où il n'a rien laissé à faire aux autres. Il nous suffira de dire qu'un seul auteur, M. Vazeille, s'est rangé à l'avis de Merlin, tandis que la jurisprudence s'est universellement prononcée contre la validité de la clause d'association (Bourges, 19 décembre 1821 ; Riom, 18 mai 1826).

La nullité de la clause d'association n'entraîne pas la nullité de l'institution contractuelle faite directement au profit de celui qui veut contracter mariage. *Utile per inutile non vitiatur.*

Mais on se demande à qui doit profiter la nullité de la clause d'association. En principe, les biens compris dans l'association doivent rentrer dans la succession *ab intestat* de l'instituant; car l'association est une véritable donation, et il n'est pas juste que l'institué prenne la portion que l'instituant n'a pas entendu lui donner personnellement. Il peut arriver, mais par exception, que la nullité de la clause d'association tourne au profit de l'héritier contractuel : c'est lorsqu'il s'évince de l'ensemble de l'acte et des expressions y employées que l'intention réelle du donateur a été de gratifier l'institué de la totalité des biens, si la charge apposée à l'institution ne pouvait point sortir effet. Toutefois, dans le doute, le juge doit se prononcer en faveur de l'héritier *ab intestat : Nemo donare præsumitur.*

IV

L'institution contractuelle peut s'adresser ou aux deux futurs époux à la fois, ou à l'un d'eux seulement. L'article 1082 le prouve lui-même, par le texte de son second alinéa.

L'institution contractuelle peut encore avoir lieu, suivant le même texte, en faveur de l'un des époux ou de tous deux et des enfants, petits-enfants, et autres descendants à naître du mariage.

Quand la loi parle d'enfants à naître du mariage, elle n'entend que les enfants à naître du mariage en contemplation duquel l'institution est faite. De là il suit que l'institution contractuelle n'est pas autorisée en faveur des enfants issus d'un précédent mariage ou à naître d'une union subséquente (Bruxelles, 27 février 1832).

En permettant de faire une institution contractuelle aux descendants à naître du mariage, l'article 1082 déroge à la disposition de l'article 906, 1°, du Code Napoléon, d'après laquelle la capacité de recevoir entre vifs est subordonnée à la vie au moins utérine au moment de la donation. Par conséquent, les enfants à naître, pour profiter d'une libéralité exorbitante du droit commun, doivent être institués dans les conditions indiquées par l'article 1082.

D'après l'ordonnance de 1731 (art. 17), il était permis de faire d'une manière directe une institution contractuelle en

faveur des descendants. Le Code Napoléon n'a pas suivi ce système. Suivant l'article 1082, la donation des biens qu'on laissera au jour de son décès n'est autorisée au profit des enfants à naître du mariage « que dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. » Il faut donc, de toute nécessité, gratifier en premier ordre et directement les futurs époux ou l'un d'eux : ce n'est qu'en seconde ligne et dans le cas de prédécès de l'époux donataire direct que les enfants à naître peuvent être appelés. Ceux-ci ne peuvent être institués qu'au second degré, comme substitués vulgairement à leurs auteurs, donataires directs et nécessaires au premier degré.

Le système du Code Napoléon est bien préférable à celui de l'ordonnance. Pourquoi permettre d'adresser aux enfants à naître, principalement et à l'exclusion des contractants mariage, une libéralité destinée à faciliter la formation de ce contrat? Ne vaut-il pas mieux que la donation fasse, d'abord et principalement, impression sur la tête des époux et passe ensuite subsidiairement à leur progéniture ? Si les futurs n'ont pas la perspective de bénéficier personnellement de l'institution contractuelle, quel faible encouragement pour leur union ! D'ailleurs, il faut éviter, autant que possible, de faire aux enfants une fortune particulière et indépendante. A ces considérations, déjà fort puissantes, nous ajouterons, avec Delvincourt, que le système de l'ordonnance, s'il était conservé, pourrait aujourd'hui fournir le moyen de produire indirectement une substitution prohibée, dans le cas où le donateur viendrait à mourir avant la naissance des enfants qu'il aurait institués.

Si l'institution directe au profit des enfants à naître est interdite, ce n'est donc pas parce que ces enfants ne sont pas vus avec faveur par la loi : bien au contraire, ils sont si protégés que l'article 1082 dispose que la donation faite taxativement à l'un des futurs époux ou aux deux futurs en même temps est présumée contenir une espèce de substitution vulgaire au profit des enfants à naître : « Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage. » Le prédécès de l'époux donataire devrait, d'après les principes ordinaires, produire la caducité de l'institution, puisque celle-ci est un don de succes-

sion. Cependant, si l'époux prédécédé laisse des enfants, on présume que l'instituant a entendu les appeler à sa propre succession, au défaut de leur auteur institué. On suppose que l'institution contractuelle ayant eu lieu pour encourager la fondation d'une nouvelle famille, l'instituant a voulu que si l'époux institué ne pouvait point recueillir le bienfait de la donation, son prédécès ne nuisît point à ses descendants et que ceux-ci profitassent de la libéralité. Il y a là une espèce de substitution vulgaire tacite, fondée sur la volonté présumée de l'instituant. Nous disons une espèce de substitution vulgaire ; car les enfants et descendants à naître du mariage ne sont pas de véritables substitués vulgaires. Ils sont appelés à la donation, non pas dans tous les cas où le donataire direct ne peut la recueillir lui-même, mais taxativement dans le cas où le donateur survit au donataire. (*Contrà*, Demante, t. II, n° 493 ; Duranton, n° 702.)

Ainsi le veulent les termes évidemment restrictifs de l'article 1082. Toutefois, il nous semble que ce point de législation est susceptible de réforme. On eût mieux interprété peut-être l'intention de l'instituant en appelant les enfants à naître pour tous les cas où l'époux institué en premier ordre viendrait à faire défaut. L'état actuel de la loi est d'autant plus sujet à critique que, d'après le paragraphe 1er de l'article 1082, l'instituant se trouve dans l'impossibilité d'y remédier, puisqu'il ne peut appeler les enfants à naître à recueillir l'institution, que dans le cas où il survivrait lui-même à l'époux donataire.

V

Cette interprétation légale de la volonté de l'instituant devrait nécessairement s'évanouir, et l'institution contractuelle ne pourrait point s'étendre aux descendants, si l'instituant avait manifesté une telle intention en stipulant que l'institution serait caduque par le prédécès de l'époux donataire, alors même que ce dernier aurait des enfants. On a peine à comprendre comment M. Coin-Delisle, dans son excellent Commentaire sur les donations et testaments, a pu embrasser un avis opposé, surtout en présence des explications topiques fournies par M. Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs : « Dans le cas où les donateurs n'auront pas prévu le cas de leur survie, il sera présumé

de droit que leur intention a été de disposer, non-seulement au profit de l'époux, mais encore en faveur des enfants et descendants à naître du mariage. » Il faut voir là-dessus la réfutation présentée par Marcadé, n° 282. Elle est concluante. Le principal argument de M. Coin-Delisle se puise dans les travaux préparatoires. L'article 1082, dit M. Coin-Delisle, se terminait dans le projet par les mots : « si le contraire n'a été exprimé. » Cette restriction a été supprimée ; et on a ajouté au second alinéa de l'article le mot *seulement*. Par conséquent, on a enlevé au donateur le pouvoir de ne pas appeler les enfants, pouvoir que le projet lui accordait. « Mais, répond Marcadé, si l'on avait entendu donner à cette suppression, et surtout à l'addition du mot *seulement*, ce sens rigoureux ; si l'on avait voulu dire que les descendants seraient toujours appelés malgré l'expression formelle d'une volonté contraire, on n'aurait pas pu dire que la donation serait alors *présumée faite* à leur profit, mais bien qu'elle *serait faite* à leur profit. On ne peut présumer que ce qui n'est pas exprimé. Quand le disposant déclare positivement *non*, la loi peut bien dire que ce sera néanmoins *oui*, mais elle ne peut pas dire que le *oui* sera présumé. Il résulte déjà du maintien du mot : *présumé*, que les mots : *si le contraire*.... n'ont été retranchés que comme inutiles, et que le mot *seulement* a été ajouté, non pas pour le cas où le disposant aurait positivement déclaré *donner seulement* aux père et mère, en excluant ainsi les enfants, mais pour le cas où il *aurait seulement déclaré* donner aux père et mère, sans parler des enfants. » Cette réfutation, nous le répétons, est péremptoire.

VI

Si l'on reconnaît comme valable la stipulation de la caducité de l'institution par le prédécès de l'époux donataire, il faut valider également la réserve, de la part de l'instituant, de la faculté de distribuer inégalement les biens compris dans l'institution entre les enfants de l'institué, dans le cas où celui-ci viendrait à décéder avant l'instituant. Qui peut le plus peut le moins. Sans doute, il arrivera peut-être qu'un des enfants profitera seul de l'institution. Mais quel inconvénient y a-t-il à ce que l'instituant élise celui qu'il veut gratifier, alors qu'il aurait

pu, par la stipulation de la caducité, pure et simple, ne gratifier aucun enfant? En vain M. Grenier objecte encore que « les enfants sont les véritables institués, qu'ils le sont chacun personnellement, leur père ayant prédécédé l'instituant. » Cette assertion est complétement fausse. La réserve stipulée dans le contrat de mariage a précisément pour effet d'empêcher, par le retour de la donation au donateur, que les enfants du donataire soient saisis de l'effet de l'institution. Leurs droits seront en suspens jusqu'à l'événement du choix de l'instituant. Il y a, en leur faveur, vocation, mais vocation éventuelle.

Nous répéterons, à propos de la substitution vulgaire tacite des enfants à naître, ce que nous avons déjà dit sur la substitution vulgaire expresse, à savoir : que la substitution tacite n'a lieu que pour les enfants issus du mariage, en considération duquel l'institution a été faite. Il n'y a pas de faveur à accorder aux enfants des autres lits. Cependant, la Cour de Bourges, dans les motifs d'un arrêt du 19 décembre 1821, tout en reconnaissant en principe que les enfants substitués « sont ceux nés du mariage qui a donné lieu à l'institution, non ceux d'un mariage postérieur, l'instituant étant présumé n'avoir considéré que le mariage auquel il concourt, et les fruits qui pourraient en résulter, » insinue que cette règle reçoit exception au cas où il s'agirait d'une institution faite par un père à ses fils, « parce que ses petits-fils, de quelque mère qu'ils soient nés, sont toujours l'objet de son affection. » Cette dernière raison est de *pur sentiment*. Elle peut être fondée au point de vue des inclinations que la nature a gravées dans le cœur paternel ; mais elle ne suffit pas, nous ne saurions penser autrement, pour légitimer la solution de la Cour de Bourges. La substitution vulgaire, il ne faut pas l'oublier, repose sur l'intention présumée de l'instituant. Or, l'instituant ne donne qu'en considération d'un mariage déterminé et des fruits qui pourront naître de ce mariage. Il ne songe nullement à une nouvelle union. Ne serait-ce pas outre-passer son intention que d'étendre sa libéralité aux enfants qui ont été produits par cette union inattendue?

VII

Les enfants appelés par substitution viennent, en cas de pré-

décès de l'époux donataire, *jure suo*, en vertu d'un droit qui leur est propre, qui est né dans leur personne, à la succession donnée par contrat à leur auteur. En effet, ils sont institués d'une manière conditionnelle : sous la condition que l'époux donataire décédera avant l'instituant. Ce prédécès arrivé, ils recueillent l'effet de la donation, comme si elle leur avait été faite directement. Il ne peut être question de transmission héréditaire de l'institué à ses enfants, puisque l'institué n'a pas survécu à l'instituant. *Viventis nulla hæreditas.* (Riom, 4 mars 1822, 2 janvier 1821.)

De là il suit : 1° qu'en cas de prédécès de l'époux institué, ses enfants, lors même qu'ils renoncent à la succession de leur auteur, recueillent l'hérédité de l'instituant.

Cette hérédité, il est important de le remarquer, sera recueillie dans l'ordre ordinaire de dévolution des biens *ab intestat*, par les enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants issus du mariage. En établissant une vocation générale en faveur de toute la descendance de l'institué, le législateur a entendu qu'on appliquât les règles par lui édictées pour les successions. La postérité de l'institué recueillera la succession de l'instituant dans le même ordre dans lequel elle l'aurait recueillie, si elle eût été la descendance particulière de l'instituant. La représentation sera donc suivie; les enfants succéderont par têtes, et les petits-enfants par souches.

2° Que l'institué ne peut point déroger à la vocation de sa postérité, en modifiant les droits dont sont saisis tous ses enfants et descendants. Serait tout à fait nulle la disposition par laquelle l'institué contractuellement choisirait, pour le cas où il viendrait à décéder avant l'instituant, un ou plusieurs de ses descendants, pour profiter, à l'exclusion des autres, de l'institution contractuelle. Au décès de l'institué, tous les enfants succéderaient également à l'instituant, nonobstant la disposition du père et alors même que cette disposition aurait été faite avec le consentement de l'instituant (Toulouse, 3 juin 1825). La substitution tacite est introduite dans l'intérêt de tous les enfants à naître du mariage. Au moment du prédécès de l'institué, elle les saisit irrévocablement d'un droit égal.

VIII

La généralité de la vocation des enfants et descendants à naître du mariage est de l'essence de l'institution contractuelle. Le donateur ne peut pas stipuler qu'en cas de prédécès du donataire, les biens compris dans l'institution appartiendront à l'un des enfants à naître à l'exclusion des autres, ou bien qu'ils seront inégalement partagés entre les substitués. La substitution expresse, émanée du donateur, ne produit ses effets qu'autant qu'elle confirme la substitution tacite émanée de la loi et la reproduit fidèlement. (*Contrà*, Vazeille, n° 5; Dalloz, sect. III, chap. II.)

Remarquons que la généralité de la vocation des enfants à naître est encore de l'essence de l'institution contractuelle, alors même que les enfants à naître se trouvent substitués fidéicommissairement aux époux ou à l'un d'eux. Il en était sans doute autrement sous l'empire de la loi du 17 mai 1826. Mais cette dernière a été abrogée par la loi du 7 mai 1849, qui nous a ramenés au système du droit civil sur les substitutions fidéicommissaires.

IX

L'instituant peut, au moyen d'une substitution fidéicommissaire, assurer l'avenir de la postérité de l'institué, s'il craint que celui-ci ne dissipe les biens compris dans l'institution et s'il se trouve d'ailleurs lui-même au nombre des personnes auxquelles la loi permet exceptionnellement ce genre de disposition. Dans ce cas, l'institué qui survit au donateur est grevé de la charge de conserver jusqu'à son décès la succession à lui donnée et de la rendre, à cette époque, à ses enfants qui en profitent, même dans le cas où ils ne se porteraient pas ses héritiers. Mais, si l'instituant survit à l'institué, la substitution fidéicommissaire est frappée de caducité. Il est vrai qu'on peut empêcher ce résultat en faisant à la fois une substitution fidéicommissaire et une substitution vulgaire au profit des enfants à naître.

X

Jusqu'ici nous ne nous sommes occupés que des personnes

en faveur desquelles l'article 1082 permet l'institution contractuelle. Nous avons supposé ces personnes aptes, d'une manière générale, à recevoir des libéralités, sauf les enfants à naître, qui ne sont capables que par dérogation à l'article 906, 1°. Or, il y a certains individus qui sont incapables de recevoir des donations ou des legs. Ainsi, d'après l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut recevoir ni à titre de donation ni à titre de testament, si ce n'est pour cause d'aliments; et cette incapacité survit même à la libération de la peine. Evidemment, celui qui a subi une pareille condamnation est absolument incapable d'être institué contractuellement.

A quelle époque doit exister la capacité de recevoir une institution contractuelle? Le caractère mixte de ce genre de disposition dicte la réponse. L'institué doit être capable du moment de la donation; car il est investi alors d'un droit irrévocable, celui de succéder à l'instituant. Ce n'est pas tout. L'institué est appelé à recueillir une succession. Il faut donc qu'il soit encore capable au moment où son droit va se réaliser, c'est-à-dire au décès du donateur. Nous croyons donc que M. Riché, auteur du Rapport sur la loi du 31 mai 1854, a exprimé une opinion erronée, lorsqu'il a dit : « Quant aux donations faites par contrat de mariage à celui qui aurait été condamné depuis, elles seront exécutées, même les institutions contractuelles. » Cela ne serait vrai que si, à l'ouverture de l'institution contractuelle, l'incapacité de recevoir à titre gratuit avait été effacée par la réhabilitation ou levée par le gouvernement (art. 4, *ibid.*) : *Media tempora non nocent.*

XI

Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de dire que l'institution contractuelle est une exception au droit commun (art. 1130, 935), et qu'elle n'est, par conséquent, autorisée qu'autant qu'elle est faite suivant les conditions constitutives que la loi indique. Ce principe trouve encore son application en ce qui touche les formes de l'institution contractuelle. L'article 1082 ne permet l'institution contractuelle que par contrat de mariage. La rubrique du chapitre VIII du titre des donations entre vifs et des testaments est ainsi conçue : « Des donations faites, *par contrat de*

mariage, aux époux et aux enfants à naître du mariage. » Donc l'institution contractuelle n'est valable que si elle est faite par le contrat de mariage de la personne qu'elle concerne, ou par un acte authentique annexé au contrat de mariage, acte qui reste inséparable du contrat proprement dit et soit censé en faire partie.

Cette solution n'est point acceptée par Merlin (*Répertoire*, v° INSTITUTION CONTRACTUELLE, § 3 ; *Questions de droit*, v° REMPLOI, § 4), ni par Toullier (t. V, n° 830) et Grenier (n° 426). Ces auteurs pensent qu'il ne faut pas entendre trop à la lettre les termes : *par contrat de mariage*, et que, dès là surtout que le législateur permet de faire jusqu'à la célébration du mariage des changements ou contre-lettres aux conventions matrimoniales, on ne saurait, sans blesser l'esprit de la loi, annuler une donation de biens à venir qui serait faite, en faveur et contemplation du mariage, antérieurement à la célébration, par un acte authentique distinct du contrat de mariage.

Mais il ne s'agit pas ici d'une modification ordinaire, d'une disposition additionnelle pure et simple. Il s'agit, il ne faut pas l'oublier, d'une addition contraire au droit commun. Or, les auteurs que nous venons de citer ne se préoccupent nullement de ce point de vue. Ils négligent le caractère exceptionnel de l'institution contractuelle ; c'est pourtant ce caractère de dérogation de l'institution contractuelle qui empêche d'aller au delà des termes de la loi. En dehors du contrat de mariage, l'institution contractuelle se trouve nulle, comme donation de biens à venir, d'après l'article 943.

C'est en conformité de ce principe que la Cour de Nîmes (8 janvier 1850) a jugé que la nullité du contrat de mariage renfermant une institution contractuelle entraîne la nullité de l'institution contractuelle elle-même : le contrat de mariage étant nul, l'institution contractuelle qui y est contenue ne peut être réputée faite par contrat de mariage.

XII

L'institution contractuelle n'est point soumise à la nécessité de l'acceptation solennelle dont l'article 932 du Code Napoléon fait une loi dans les donations ordinaires. L'article 1087 dispose :

« Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation. » L'accomplissement du mariage équivaut à une acceptation. Le législateur, voulant favoriser les libéralités faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître, devait exempter ces libéralités de toutes les difficultés et entraves qu'il avait introduites à cause de la défaveur des donations en général. Pourquoi subordonner à une formalité rigoureuse la validité d'une disposition qui sert d'encouragement à l'union des époux et de première assise à la fortune de la famille ? En outre, l'acceptation réelle et définitive de l'institution ne peut avoir lieu qu'après le décès de l'instituant. Jusqu'à cette époque, l'institué ne saurait accepter que d'une manière provisoire.

XIII

L'institution contractuelle peut être faite longtemps avant la célébration du mariage, pourvu qu'elle soit faite par contrat de mariage. Mais il est de toute nécessité que le mariage ait lieu. « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas » (art. 1088 C. Nap.). Le non-accomplissement du mariage frapperait donc de caducité l'institution contractuelle. L'annulation du mariage produirait le même effet.

La célébration du mariage est la condition de l'institution. Mais pour que cette condition empêche la caducité de l'institution contractuelle, il n'est pas nécessaire qu'elle se réalise du vivant de l'instituant. La mort de celui-ci, survenue dans l'intervalle qui sépare les conventions matrimoniales du jour de la célébration, n'exercerait aucune influence sur l'institution. Car on peut, en principe, donner sous une condition qui ne s'effectue qu'après la mort du donateur. Le mariage, en s'accomplissant, produira un effet rétroactif au jour du contrat de mariage.

XIV

La formalité de la transcription n'est point nécessaire pour les institutions contractuelles (art. 939 C. Nap.; loi du 23 mars 1855, art. 1, § 1, et art. 2 du dernier paragraphe). La transcrip-

tion n'est requise que pour les actes purement entre vifs, translatifs de propriété. Or, l'institution contractuelle constitue une disposition mixte qui participe de la donation à cause de mort. Il n'y a point lieu de sauvegarder l'intérêt des tiers qui voudraient traiter avec l'instituant, puisque celui-ci reste maître d'hypothéquer et d'aliéner à titre onéreux les biens compris dans l'institution. Par conséquent, la transcription, outre qu'elle serait difficile à faire, ne présenterait que fort peu d'utilité. (Cass., 31 janvier 1832 ; Pau, 2 janvier 1827.)

C'est le même genre de considérations qui doit porter à décider que l'institution contractuelle n'est point soumise, pour les objets mobiliers, à l'annexe de l'état estimatif, qui, d'après l'article 948, doit être joint à la minute de la donation d'effets mobiliers. L'institution contractuelle n'est pas irrévocable, eu égard à l'émolument qu'elle produit : elle n'est irrévocable qu'eu égard au titre qu'elle assure.

Plusieurs personnes pourraient-elles, dans le même contrat de mariage, disposer conjointement, à titre d'institution contractuelle, en faveur des mêmes époux ? L'article 968 dispose qu'un testament ne pourra être fait dans le même acte au profit d'un tiers par deux ou plusieurs personnes. Au contraire, les donations conjonctives, d'après ce qui résulte de l'article 960, ne sont pas interdites par le Code Napoléon. Cette différence est fondée sur la diversité qui sépare les effets de la donation entre vifs de ceux du testament. Le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement : le testateur ne dispose que pour le temps où il ne sera plus. Celui-ci est plus accessible aux suggestions ; celui-là est retenu par les résultats actuels de sa disposition. De quel côté rangerons-nous l'institution contractuelle ? Evidemment, il faut la soumettre au même principe que la donation entre vifs. L'instituant abdique le droit de faire un testament et de donner entre vifs les biens renfermés dans l'institution : il se dépouille présentement et irrévocablement dans une certaine mesure. Il a moins à craindre les surprises et les suggestions d'autrui que s'il faisait un testament proprement dit, son intérêt actuel le met suffisamment en garde. Par conséquent, l'article 968 ne doit point s'appliquer à l'institution contractuelle.

XV

Suivant l'article 1082, les biens qui peuvent être donnés par institution contractuelle sont la totalité ou une partie seulement des biens que l'instituant laissera au jour de son décès.

« Tout ou partie, » par conséquent, soit l'universalité, soit une quote universelle des biens du disposant, soit enfin un objet singulier à prendre dans sa succession.

L'institution contractuelle est, en effet, un testament irrévocable. L'instituant doit avoir, pour disposer de ses biens par contrat, la même latitude, les mêmes facilités qu'il aurait pour en disposer par testament. Il pourrait faire un legs à titre particulier : il doit avoir la liberté de faire une institution contractuelle à titre particulier également.

M. Duranton (t. IX, n° 676) pense, au contraire, que la donation de biens à venir par contrat de mariage n'est régulière que si elle comprend au moins une partie aliquote de la succession du donateur, en sorte que l'on pourrait donner toute sa succession, ou la moitié, le tiers, le quart, le cinquième de sa succession, sans pouvoir donner une somme déterminée ou tel bien particulier.

M. Duranton restreint ainsi arbitrairement la portée naturelle des expressions de l'article 1082 : « tout ou partie. » La disposition d'une partie des biens s'entend également et d'une disposition à titre universel et d'une disposition à titre particulier. Peu importe la dénomination d'*institution contractuelle* consacrée par l'ancien droit. Il n'y a plus aujourd'hui d'institution d'héritier. Comment, dès lors, conclure de l'ancien droit au Code Napoléon? D'ailleurs, d'après le droit commun, la donation d'une somme d'argent, payable au décès du donateur, est parfaitement valable. Pourquoi ne le serait-elle pas quand elle est faite par contrat de mariage, en contemplation du mariage, et pour assurer au donataire un droit de priorité sur des légataires ou des donataires postérieurs? (Cass., 22 nivôse an X; Bordeaux, 5 juillet 1839; Pau, 16 janvier 1838.)

Il est vrai que si la donation a pour objet une somme à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès, ou un objet déterminé, comme bien à venir, en tant qu'il se trouvera

dans la succession du donateur, elle ne présente pas le caractère d'irrévocabilité que la loi exige pour la validité des donations ordinaires et est frappée de nullité par les articles 894 et 943 du Code Napoléon [1]. Mais une pareille disposition n'est-elle pas autorisée par l'article 947 en faveur des unions conjugales? ne doit-elle pas produire son plein et entier effet, quand elle s'adresse aux époux et à leur descendance? Dans ce cas, les personnes appelées par contrat de mariage à recueillir la somme ou l'objet donné sont saisies irrévocablement du droit de la prendre dans la succession du donateur, si les forces d'icelle le comportent. Ainsi, il a été jugé par la Cour de cassation, le 1er mars 1821, que la clause d'un contrat de mariage par laquelle « les père et mère du futur lui assurent et lui donnent,

[1] M. Rodière, dans des observations insérées au *Journal du Palais* (1855, t. II, p. 337), penche, au contraire, pour la validité de la donation d'une somme déterminée à prendre sur les valeurs mobilières et immobilières les plus claires de la succession du donateur, au choix du donataire. Quel que soit le respect que nous professons pour les opinions émanées de ce savant jurisconsulte, nous ne pouvons nous empêcher d'exprimer ici notre dissentiment. Au demeurant, M. Rodière peut être combattu avec ses propres armes. Nous admettons avec lui que « dans une législation perfectionnée comme la nôtre, on doit rechercher la nature d'un acte moins dans ses effets extérieurs, et pour ainsi dire matériels, que dans les profondeurs de la volonté humaine, seule cause génératrice de toutes les obligations conventionnelles; qu'à ce point de vue un homme a fait une donation entre vifs dès que, dans la forme légale, il s'est constitué débiteur de n'importe quelle valeur, vis-à-vis de son donataire, et que le donataire par contre est devenu son créancier...; qu'il est indifférent qu'il y ait alors dans l'obligation une condition quelconque, ou qu'il n'y ait pas dans l'obligation un terme certain ou incertain, ou bien une condition, pourvu que la condition ne soit pas potestative, parce que les termes et les modalités ne tiennent pas à l'essence du lien; que si, au contraire, le donateur n'a nullement entendu s'obliger, s'il a voulu conserver une liberté complète dans la disposition de ses biens, l'acte qu'il aura consenti, quelle qu'en soit la forme, ne saurait être un don entre vifs. » Nous adoptons tout à fait ces principes. Mais nous demandons si le prétendu donateur s'est réellement obligé, en promettant une certaine somme à prendre sur les valeurs les plus claires de sa succession; nous demandons s'il s'est constitué débiteur irrévocablement, ou plutôt s'il n'est pas resté maître de rendre sa libéralité illusoire, en dissipant son patrimoine, s'il ne s'est pas réservé indirectement le moyen d'anéantir la libéralité; en un mot, s'il ne s'est pas obligé sous une condition potestative! L'article 894 du Code Napoléon s'oppose donc, en droit commun, à la validité d'une semblable donation.

dès à présent, en la meilleure forme que la donation puisse être, 150,000 francs à prendre dans leurs successions et avant tout partage, » était valable, et que par suite les donateurs n'avaient pu disposer de leurs biens à titre gratuit, au préjudice de cet engagement (voir encore Cass., 15 juillet 1835; Metz, 5 août 1819).

XVI

L'institution contractuelle n'est qu'un don, une assurance irrévocable de succession. Le donataire qui est institué contractuellement a un droit de succession assuré par contrat sur tout ou partie des biens que l'instituant laissera à son décès. Le donateur qui institue, ne promettant que ce qu'il laissera à sa mort, ne se dépouille pas actuellement. Il conserve la possession, l'administration et la jouissance des biens compris dans l'institution. Il en conserve également la propriété.

Toutefois, la propriété de l'instituant se trouve modifiée par les restrictions apportées à son droit de disposition. En effet, l'instituant peut bien aliéner à titre onéreux les choses données, les hypothéquer, les grever de servitudes, etc.; mais il lui est interdit d'en disposer à titre gratuit, à moins qu'il ne s'agisse de libéralités modiques. C'est ce qu'établit formellement l'article 1083, ainsi conçu : « La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

Voilà pourquoi, en parlant des institutions contractuelles, M. Jaubert disait : « La loi précise avec soin la nature et les effets de ces sortes de dispositions. Il faut distinguer le titre et l'émolument. Le titre est irrévocable : l'auteur de la disposition ne pourra plus disposer à titre gratuit, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Mais, quant à l'émolument, il ne pourra être véritablement connu qu'au décès, puisque jusqu'alors l'auteur de la disposition conserve le droit d'aliéner à titre onéreux. » Pothier avait exprimé le même principe, lorsqu'il écrivait : « L'effet de l'institution contractuelle, en tant qu'elle est clause d'un contrat de mariage, est que l'instituant n'y peut donner aucune atteinte. Mais il n'est

pas censé y donner atteinte, en aliénant et engageant sans fraude les biens par contrat entre vifs. » Ainsi, jusqu'au décès de l'instituant, le donataire n'a qu'une espérance, une expectative. La donation ne porte sur rien de fixe, sur rien de déterminé. L'émolument à recueillir suit les diverses péripéties de la fortune de l'instituant : aujourd'hui considérable, il peut être réduit à zéro demain, et réciproquement. Il n'y a d'irrévocable que le titre, la qualité d'héritier, le droit *in abstracto* de succession. Voilà la seule chose positive, certaine; voilà ce qui place l'héritier contractuel à peu près dans le même état que l'héritier *ab intestat* en ligne directe. M. Troplong constate en ces termes ce rapprochement : « Le disposant, en effet, lui a assuré des droits presque semblables à ceux que les enfants ont sur le patrimoine paternel. Par une sorte d'adoption successorale, le contrat consacre pour lui le même engagement que la nature et la loi sanctionnent pour les premiers. Si les enfants doivent se tenir pour satisfaits d'une simple expectative qui, tout en étant pour eux une sorte de certitude, se concilie cependant avec le droit de propriété conservé au père, pourquoi l'héritier contractuel serait-il considéré comme plus mal traité, parce que l'instituant n'abdique pas pour lui ses droits actuels de maître de la chose ?... Même l'institué est dans une position bien meilleure que l'enfant; car le père peut donner ses biens dans la proportion de la quotité disponible, et l'instituant ne le peut pas. »

Ainsi fixés sur les principes, nous allons aborder les cas d'application particulière.

XVII

Puisque le droit de succession est seul l'objet de l'institution contractuelle, quel effet produit cette disposition en faveur de l'institué, durant la vie de l'instituant? L'héritier en ligne directe ne peut ni renoncer à son droit, ni l'aliéner avant qu'il se soit ouvert (art. 791, 1138, 1600 C. Nap.). En est-il de même de l'héritier contractuel?

L'affirmative a été jugée par arrêt de la Cour de Lyon du 16 janvier 1838. Voici dans quelles circonstances : Les époux Jautet avaient, par contrat de mariage du 8 novembre 1808, fait donation à la demoiselle Reydellet, leur future bru, du quart de leurs successions, pour le cas où leur fils Jautet prédécéderait

sans enfants. Jautet fils prédécède sans enfants. Le 24 avril 1829, des accords intervinrent entre les époux Jautet et la demoiselle Reydellet. Il fut convenu que l'instituée renoncerait au bénéfice de la donation contractuelle moyennant l'attribution à forfait que les Jautet père et mère lui consentaient, sous réserve d'usufruit, de trois parcelles de pré, objet déterminé destiné à remplacer la quotité éventuelle donnée par contrat de mariage. C'est cette convention que la Cour de Lyon frappa de nullité, par arrêt du 16 janvier 1838. Comme les considérants de cette décision tranchent péremptoirement la question qui nous occupe, nous croyons utile d'en rapporter quelques fragments : « Attendu que cette renonciation à des droits éventuels, dans des successions alors non ouvertes, est prohibée par les articles 791, 1130 et 1600 du Code Napoléon ; que, par leur généralité, ces articles embrassent tous les cas où un pacte a pour objet des droits dans une succession future ; que cette prohibition a été dictée d'abord par une considération applicable à tout pacte de ce genre, et parce qu'il s'y présente toujours une triple incertitude sur la vie de l'héritier présomptif, sur l'époque à laquelle la succession s'ouvrira, sur la valeur qu'aura la succession ; qu'indépendamment de ce motif général et outre les raisons spéciales puisées soit dans le caractère immoral et dangereux que présente un tel traité, lorsqu'il est fait entre l'héritier présomptif et un étranger, soit dans le trouble que ce traité apporterait à l'ordre légal des successions et à l'égalité dans les partages, lorsqu'il intervient entre les parents successibles d'après la loi, un motif particulier l'a fait interdire, lorsqu'il intervient entre celui de la succession duquel il s'agit et son héritier, par la présomption que le consentement de l'héritier n'a pas été complétement libre, et a dû être entraîné par la crainte d'être frustré du bénéfice de son expectative : *consensus hæredis, vivo testatore, videtur extortus et non valet* (Dumoulin, sur Auvergne)...; que, s'il est vrai que la disposition autorisée par les articles 1082 et 1083 du Code Napoléon est elle-même une stipulation qui se réfère à une succession future, on ne saurait en conclure qu'il soit permis d'y déroger par des stipulations du même genre ; que ces traités postérieurs ne sont plus protégés par la loi et ne trouvent plus la raison de leur existence dans la faveur due et accordée aux seuls contrats de mariage. »

Le sieur Jautet père se pourvut en cassation contre l'arrêt de la Cour de Lyon. Dans le sens du pourvoi, on disait que les articles 791, 1130 et 1600 ne se réfèrent qu'aux successions légales, aux successions *ab intestat;* que cela est prouvé suffisamment par la place qu'occupent ces articles dans le Code; que le motif qui a dicté la prohibition des pactes sur succession future ne s'applique pas aux institutions contractuelles; que, dans tous les cas, cette prohibition ne pouvait jamais avoir trait aux conventions intervenues entre l'instituant et l'institué.

Contre le pourvoi, on soutenait que les articles 791, 1130 et 1600 ont en vue d'une manière générale tous les cas où il s'agit de droits éventuels dans des successions non ouvertes; que les mêmes motifs servent de base à la prohibition des pactes successoires, soit que le droit de succéder prenne sa source dans la loi, soit qu'il prenne sa source dans la volonté de l'homme; qu'il importe peu que le traité soit passé entre l'instituant et l'institué, puisque, aux termes de l'article 1130, la nullité des pactes sur succession non ouverte ne reçoit pas d'exception, lorsque ces pactes ont été faits avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

Aussi la Cour de cassation (16 août 1841) rejeta-t-elle le pourvoi, en confirmant les motifs de l'arrêt de la Cour de Lyon. Elle y ajouta seulement cette raison : « Attendu qu'autoriser des modifications aux donations par contrat de mariage, au moyen de conventions entre le donateur qui a ainsi disposé d'une partie de sa future succession et le donataire institué, ce serait exposer la paix des familles, en ouvrant de part et d'autre l'espérance de pactes postérieurs, en livrant aux discussions et à l'incertitude des volontés réciproques les conditions déjà solennellement arrêtées, auxquelles la loi a voulu attacher un caractère de fixité, et sur la foi desquelles a été contracté le mariage. »

Il faut donc tenir pour constant que l'institué ne peut, du vivant de l'instituant, renoncer au droit de succession résultant pour lui de l'institution. Si une pareille renonciation a lieu, l'institué est recevable, après l'ouverture de l'institution contractuelle, à en demander la nullité, soit que cette renonciation soit pure et simple, soit qu'elle s'opère en échange d'un bien actuellement déterminé.

De là il suit que si l'instituant fait à un tiers une donation qui

excède les limites tracées par l'article 1083, l'institué ne peut rendre efficace cette aliénation à titre gratuit, en intervenant dans l'acte pour y donner son consentement. Une telle approbation, fournie avant le décès du disposant, serait une véritable renonciation à un droit dépendant d'une succession non ouverte. Or, le législateur a défendu cette renonciation (art. 791, 1130). Celui qui a fait une institution contractuelle se trouve donc lié par l'article 1083 d'une manière irrévocable et malgré l'acquiescement de l'institué à des dispositions que cet article interdit.

XVIII

L'instituant peut, à volonté, vendre, échanger, aliéner à titre onéreux, contracter des dettes et hypothèques. Il peut, comme un propriétaire ordinaire, se servir de son bien pour faire marcher ses affaires. Ainsi que le disait Loisel, « reconnaissance générale du principal héritier n'empêche qu'on ne puisse s'aider de son bien. » L'article 1083, dans le projet du Code, se terminait par cette disposition : « Le donateur conserve jusqu'à sa mort la liberté entière de vendre et d'hypothéquer, à moins qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou en partie. » Dans la rédaction définitive, cette addition fut effacée comme inutile. On se borna à en conserver la substance dans le contexte du paragraphe précédent. En effet, il résulte des termes mêmes de notre article 1083 que l'irrévocabilité de l'institution n'empêche pas l'instituant d'aliéner à titre onéreux. Le système du droit coutumier se trouve ainsi consacré par le Code Napoléon.

Les dispositions à titre onéreux ne sont permises à l'instituant que si elles sont exemptes de fraude. Il ne suffit donc pas, pour que les aliénations de cette nature soient confirmées, qu'elles soient revêtues de la forme d'un contrat à titre onéreux ; il faut encore qu'elles en aient tous les caractères, qu'elles ne renferment aucune fraude, aucune simulation. Sans cela, l'instituant pourrait faire indirectement ce que la loi ne lui permet pas de faire directement : il pourrait cacher une libéralité sous la forme fallacieuse d'un contrat de vente. Les tribunaux doivent avoir une grande latitude pour apprécier les circonstances qui ont précédé, entouré et suivi l'acte intervenu, et pour en prononcer la nullité, si les circonstances révèlent une fraude évi-

dente et bien caractérisée aux droits de l'institué. En pareil cas, il faudrait appliquer les règles de l'action paulienne. Ainsi, le préjudice occasionné à l'institué, *eventus damni*, ne suffirait pas pour amener l'annulation d'une vente consentie par l'instituant à un tiers, s'il ne résultait pas en outre des faits que cet acte est simulé et ne renferme qu'une pure libéralité (Cass., 5 novembre 1806). Ainsi encore le donataire qui demanderait la nullité d'une pareille vente serait obligé d'établir qu'il y a un concert frauduleux entre l'instituant et l'acheteur, *consilium fraudis*, de part et d'autre.

L'instituant a le droit de vendre un immeuble à charge de rente viagère (Riom, 4 décembre 1810); d'établir des servitudes sur les fonds compris dans l'institution contractuelle (Cass., 20 décembre 1825). L'institué est obligé de respecter ces actes, s'ils sont exempts de mauvaise foi.

XIX

L'instituant ne pourrait pas, postérieurement au contrat de mariage, rendre plus rigoureuse sa situation, en convenant avec le donataire qu'il s'interdit la faculté d'aliéner à titre onéreux tout ou partie des biens, dont l'article 1083 ne lui enlève que la disposition à titre gratuit. Cette convention serait condamnée par l'article 1130 comme renfermant une stipulation sur une succession future. Ce serait une donation ayant pour objet des biens à venir. Or, une telle disposition n'est pas valable en dehors du contrat de mariage. C'est par application de ce principe qu'un jugement du tribunal civil de Moulins, confirmé par la Cour de Riom, le 4 décembre 1810, a frappé de nullité la convention par laquelle un enfant institué contractuellement par son père avait stipulé, dans le contrat d'un second mariage contracté par celui-ci, qu'il ne pourrait point aliéner ses immeubles au préjudice de l'institution contractuelle par lui précédemment faite.

Mais nul doute que, dans l'acte même de l'institution contractuelle, le donateur ne puisse valablement renoncer à la faculté de vendre ou de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution, sans le consentement de l'institué. Nous avons déjà vu que la première rédaction de l'article 1083 en ren-

fermait une disposition expresse : « ... Le donateur conserve jusqu'à sa mort la liberté entière de vendre et d'hypothéquer, à moins qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou en partie. » Si cette règle ne fut point conservée dans la rédaction dernière du Code, ce n'est pas parce que le législateur refusa de la consacrer, mais parce qu'il la considéra comme une superfétation. Il n'y a donc rien à conclure du silence de l'article 1083. La convention dont nous parlons n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni à la loi. Pourquoi l'instituant ne serait-il pas lié par une obligation qu'il s'est imposée librement, dans les conventions matrimoniales incommutables de l'institué ? — Et notons bien que l'institué qui demandera, après le décès du donateur, la nullité des aliénations consenties à son préjudice ne pourra pas être repoussé par la fin de non-recevoir tirée de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* S'il en était autrement, la clause ajoutée à l'institution contractuelle serait illusoire et inefficace (Toulouse, 18 janvier 1820).

Lorsque l'instituant s'interdit la faculté de disposer à titre onéreux des biens qu'il possède au moment de l'institution, il fait plutôt une donation cumulative de biens présents et à venir qu'une donation pure de biens à venir. C'est pourquoi sa libéralité devra être régie par l'article 1084, si on a annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur, et si, dans le cas où les biens présents seraient des effets mobiliers, on en a dressé un état estimatif, conformément à l'article 948 du Code Napoléon.

M. Coin-Delisle va plus loin. D'après lui, la clause en question, quoique conçue d'une manière générale, doit toujours être considérée comme ne portant que sur les biens présents, de telle sorte qu'elle ne peut constituer que la donation cumulative de biens présents et à venir.

Nous pensons avec Marcadé (n° 293) que « cette idée devra être suivie toutes les fois qu'il sera possible de croire que le donateur n'a entendu s'interdire le droit de disposition que pour les biens présents. Mais si la clause porte évidemment sur les biens futurs comme sur les biens présents; si le disposant a formellement déclaré donner tous ses biens présents et à venir, en renonçant à en aliéner jamais aucun, il est bien clair que la

clause ne pourrait rentrer dans aucun de nos articles et qu'elle tomberait sous le principe de nullité de l'article 1130.

XX

L'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation. L'article 1083, en limitant ainsi les droits de l'instituant, ne fait que se conformer à son intention. Il est bien certain que celui qui dispose à titre gratuit et d'une manière irrévocable des biens qu'il laissera à son décès renonce à la faculté d'en disposer de nouveau par donation ou par testament.

Ainsi, celui qui a fait une institution contractuelle de tous les biens qu'il laissera à son décès ne peut plus, au préjudice de cette institution, disposer de ses biens à titre universel. Une semblable donation est nulle pour le tout, sans que le juge puisse la réduire à une somme modique (Senlis, 4 février 1812 ; Bordeaux, 14 pluviôse an IX ; Rouen, 24 mai 1841). L'instituant abdique d'une manière absolue la faculté de disposer d'une partie aliquote de la succession.

Ainsi encore, celui qui a fait une institution contractuelle ne peut pas faire ultérieurement, au préjudice de l'institué, une donation de biens présents d'une certaine importance, même par contrat de mariage et à titre de constitution de dot (Lyon, 28 février 1855). En effet, « si la dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, et si, sous ce point de vue, elle emprunte l'apparence d'un contrat à titre onéreux, elle n'en est pas moins une donation véritable, puisque, considérée dans son origine, elle procède de la libéralité du constituant. — A la vérité, elle est grevée d'une affectation spéciale ; mais cette circonstance ne change point sa nature, de même qu'une donation conserve ce caractère, quoiqu'elle soit accompagnée de conditions qui en diminuent les avantages. »

Mais les libéralités modiques sont permises à l'instituant : « si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. » Il aurait été trop rigoureux d'enlever à celui qui assure sa succession le droit de faire quelques donations ou legs de peu d'importance pour accomplir un devoir de gratitude ou

d'affection. C'eût été détourner les donateurs de dispositions que la loi favorise pour encourager au mariage.

Il est essentiel de tenir compte des expressions de l'article 1083 : « si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

De là il résulte que la libéralité faite par l'instituant, quoique non rémunératoire, est valable, si elle ne dépasse pas les bornes d'une disposition modique. La Cour de Paris s'est évidemment trompée en décidant, par arrêt du 23 août 1847, que l'instituant ne conserve la faculté de disposer à titre gratuit qu'en tant qu'il s'agit de legs essentiellement rémunératoires. Le texte de la loi n'amène pas cette conséquence. Il est conçu d'une manière très-vague; et, s'il parle de dons rémunératoires, ce n'est qu'à titre d'exemple.

S'il importe de ne pas négliger les termes dont se sert le législateur, il ne faut pas non plus se plier servilement à la lettre, interpréter judaïquement le texte. L'article 1083 énonce seulement la disposition de *sommes* modiques. Qui ne comprend que le mot : *sommes*. est ici synonyme de : *valeurs ?* L'instituant pourrait donc donner un immeuble ou un corps certain quelconque, aussi bien qu'une quantité. Une seule condition est requise : c'est la modicité de la donation.

Cette condition est essentielle. La loi n'a pas pu la régler d'une manière générale et invariable. La fortune plus ou moins grande de l'instituant, l'étendue du don ou du legs, comparées, sont les seuls éléments qui peuvent faire connaître s'il y a exagération. C'est une question de fait pour laquelle les tribunaux doivent jouir d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

Un père, en mariant un de ses enfants légitimes, le gratifie par contrat de mariage de la quotité disponible. Plus tard, il fait à une concubine un legs de la somme de 3,000 francs. Cette dernière disposition doit-elle recevoir son effet? La Cour de Riom a décidé la négative, le 4 août 1820, en s'appuyant sur les faits et circonstances de la cause. Voici, en effet, une partie des motifs de l'arrêt : « Attendu que l'on ne peut considérer le legs de 3,000 francs comme un de ces legs modiques faits à titre de récompense dont il est parlé dans l'article 1083; que tout indique, et surtout en comparant le legs à la fortune du testateur et au nombre de ses enfants, que le testateur a entendu

exercer une libéralité ; mais considérant que cette libéralité était nulle, dès que le testateur avait disposé de toute la partie disponible de ses biens, etc. »

De même la Cour de Besançon a jugé, le 19 frimaire an XIV, que si un individu, après avoir institué contractuellement un de ses enfants, convolé à de secondes noces, et fait au profit de sa nouvelle épouse une donation d'usufruit ou de pension viagère, la question de savoir si cette donation doit être maintenue dépend de l'importance de la succession et des revenus du donateur.

XXI

Le pouvoir de disposition de l'instituant est nettement défini par l'article 1083. Si le donateur conserve toute latitude pour l'administration et l'aliénation à titre onéreux, il se trouve gêné pour l'aliénation à titre gratuit, qui ne peut comprendre que des valeurs modiques... C'est pourquoi l'usage a introduit une stipulation dont l'effet est d'étendre la liberté du donateur en ce qui touche les donations et les legs. Nous voulons parler de la clause de réserve.

L'instituant peut se réserver un objet déterminé. Alors l'institution contractuelle ne comprend pas cet objet. Le donataire n'y a aucun droit. Si l'instituant meurt sans en avoir disposé, ses héritiers *ab intestat* en profitent. Mais ce n'est pas de cette espèce de réserve qu'il s'agit en ce moment.

L'instituant peut se réserver la faculté de disposer d'un bien ou d'une somme à prendre sur les biens donnés. Dans ce cas, l'institution ne se trouve pas limitée de telle sorte que l'objet de la faculté réservée en soit exclu. Loin d'être excepté de l'institution, l'objet dont on s'est réservé la libre disposition s'y trouve renfermé : il est seulement subordonné à la liberté de disposition de l'instituant.

De là il suit que si l'instituant décède avant d'avoir disposé de la chose réservée, cette chose revient au donataire et non aux héritiers du sang (art. 1086 C. Nap.), alors même que l'instituant aurait, dans l'acte même de donation, gardé le silence à cet égard. La nature de la réserve implique, à elle seule, que la chose réservée doit appartenir au donataire, si le donateur n'en dispose pas.

Lorsque l'instituant fait une donation à un tiers, au moyen de la chose réservée, il exécute purement et simplement la condition sous laquelle l'institution contractuelle a été consentie. Or, une donation faite en exécution de l'institution contractuelle ne saurait être considérée comme faite en fraude de cette institution. L'institué ne serait donc pas recevable à en demander la nullité.

La même solution devrait être adoptée alors même qu'à la donation de l'objet particulier compris dans la réserve de disposer viendraient se joindre des ventes et aliénations successives, ayant pour effet d'annihiler l'institution contractuelle. Car, s'il est vrai que la clause de réserve donne à l'instituant un pouvoir qu'il n'aurait pas dans l'état ordinaire des choses, il n'en est pas moins certain qu'elle ne lui fait pas perdre les droits que le droit commun lui confère (Riom, 15 novembre 1819).

C'est pourquoi M. Grenier est dans l'erreur quand il prétend (n° 414) qu'en fait de disposition à titre gratuit l'instituant ne peut aller au delà de la réserve, qu'il s'est imposé une loi à lui-même, et que cette loi est devenue le taux des libéralités qu'il pourrait faire. Une semblable interprétation heurte, selon nous, le véritable but de la clause de réserve. Si l'instituant, en se réservant la faculté de disposer d'un objet particulier, n'a pas manifesté d'une manière précise l'intention de ne rien donner au delà de cet objet, il est censé ne pas avoir voulu se lier les mains pour le surplus : la réserve ne lui interdit pas de donner dans les limites ordinaires, c'est-à-dire de disposer de valeurs modiques, à titre de récompense ou autrement.

Celui qui fait une institution contractuelle mérite, à coup sûr, de la part des personnes qu'il gratifie, de la reconnaissance et des égards. Quand il fait une réserve de disposer, il serait injuste d'interpréter cette clause dans un sens strict et sévère.

Aussi la jurisprudence, appelée à apprécier les actes faits en vertu de la réserve, a-t-elle essayé d'accommoder l'intérêt des donataires avec la liberté du donateur.

Ainsi la Cour de cassation a jugé, le 26 mars 1845, que si un père, en instituant contractuellement ses enfants, s'est réservé la faculté d'attribuer à sa femme, en cas de survie, l'usufruit de la moitié des biens donnés, et lui a légué ensuite la faculté d'opter entre cet usufruit et une rente annuelle et viagère,

cette conversion rentrait complétement dans le pouvoir de l'instituant, pourvu, d'ailleurs, que la rente substituée à l'usufruit fût équivalente à ce même usufruit et correspondît aux forces de la succession. L'intérêt est la mesure des actions. Quel intérêt les enfants donataires auraient-ils à discuter le legs, à fouler aux pieds la volonté de leur bienfaiteur?

Que si, en se réservant la libre disposition d'un objet compris dans l'institution, le donateur indique le motif de cette réserve, exprime l'usage qu'il se propose d'en faire ou bien la personne qu'il a le dessein de gratifier, ces énonciations ne sauraient lier le donateur pour l'avenir, à moins qu'elles ne soient conçues en termes évidemment restrictifs (Bordeaux, 19 janvier 1827 ; tribunal de la Seine, janvier 1855).

Dans le cas où l'instituant contractuel fait une disposition à titre gratuit qui excède les limites d'une disposition modique, cet acte est complétement inutile, annulable pour le tout, sur la demande des parties intéressées.

Au contraire, lorsque le donateur contractuel fait une libéralité qui dépasse la valeur qu'il s'est réservée comme quotité disponible, cette libéralité doit simplement être réduite. Le donateur ne peut pas en faire prononcer la nullité absolue. S'il y a plusieurs aliénations, on doit suivre pour le retranchement les règles tracées par les articles 920 et suivants du Code Napoléon.

XXII

L'institution d'héritier a trait au décès du disposant. Quand ce décès arrive, qu'en résulte-t-il pour l'institué? Quels sont ses droits, quelles sont ses obligations?

C'est en vain que la loi a rangé l'institution contractuelle au nombre des donations. Il y a pour les donations des règles incompatibles avec la nature de l'institution contractuelle, comme aussi il y a pour les dispositions testamentaires des règles que l'identité de situation et l'évidence des choses commandent d'appliquer à l'institution contractuelle.

Ainsi l'institué contractuel doit être assimilé au légataire proprement dit pour la faculté d'accepter ou de répudier la succession. S'il accepte, il peut accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire. D'après le système de la Cour de

cassation sur la nature de l'obligation au payement des dettes de la succession, l'institué universel et l'institué à titre universel agiront toujours sagement en acceptant l'institution sous bénéfice d'inventaire. Quant à l'institué à titre particulier, il n'a aucun intérêt à renoncer à son droit, puisqu'il ne contribue point au payement des dettes et charges et n'a à craindre que la réduction ou la caducité de son legs contractuel (art. 871 C. Nap.).

Lorsque l'institué renonce après le décès de l'instituant, il ne contrarie en rien l'acceptation qui a eu lieu lors du contrat de mariage. Ces deux actes ont pour objet deux choses complétement différentes. L'acceptation renfermée dans le contrat de mariage a trait au titre d'héritier, à la qualité d'habile à succéder. La renonciation postérieure à l'ouverture de l'institution se réfère à la succession elle-même, à l'émolument auquel le titre irrévocable conféré par le contrat de mariage donnait droit. L'acceptation ne saurait empêcher la renonciation, puisque, s'il est permis de s'exprimer ainsi, l'acceptation porte sur le droit de renoncer (Toulouse, 15 avril 1842).

XXIII

L'institué contractuellement doit encore être assimilé au légataire proprement dit pour l'obligation au payement des dettes et charges de la succession. Comme le légataire testamentaire, le légataire contractuel contribue au payement des dettes et charges de la succession au prorata de son émolument. Il a dans ces dettes et charges une part proportionnelle à celle qu'il amende dans l'actif. Légataire contractuel ou héritier institué de la totalité, il paye la totalité des dettes ; d'une moitié, une moitié ; d'un quart, un quart. Si la donation à titre universel ne consiste point dans une quote-part, mais dans la totalité ou une fraction des meubles ou des immeubles de l'instituant, l'institué supporte une fraction des dettes correspondant à la fraction de succession qu'il recueille. Si la donation est à titre particulier, l'institué ne contribue point au payement des dettes.

Telle est la mesure de l'obligation de l'institué, quant à la quote-part dont il est débiteur suivant l'étendue du titre qui l'institue. Mais quelle est la nature de cette obligation en elle-même ? Comment et jusqu'à quel point est-il tenu ? Est-il obligé

sur tous ses biens ou seulement *intrà vires emolumenti*, personnellement ou simplement *ob rem?*

Il est aisé de comprendre que la réponse à cette question est subordonnée implicitement à la solution qu'on adopte relativement à la portée de l'action à laquelle sont soumis les légataires universels et à titre universel pour le payement des dettes de la succession. Ce n'est pas ici le lieu de développer l'opinion que nous croyons devoir embrasser sur cette matière si délicate et si controversée. Nous nous bornerons à dire qu'à notre sens le légataire universel, soit qu'il ait de plein droit la saisine de la succession, soit qu'il concoure avec un héritier réservataire, et même le légataire à titre universel, sont absolument sur la même ligne que les héritiers légitimes eux-mêmes, c'est-à-dire sont tenus de leur part et portion des dettes et charges de la succession indéfiniment, sur tout ce qui leur appartient, *ultrà vires emolumenti* (art. 873, 1009, 1012 C. Nap.; — Cass., 13 août 1851; Toulouse, 9 juin 1852), à moins qu'ils n'aient accepté que sous bénéfice d'inventaire. C'est pourquoi nous pensons que, dans tous les cas où l'institué contractuel est tenu des dettes et charges de la succession, il en est tenu non-seulement *ob rem*, et jusqu'à concurrence de ce qu'il amende, mais encore personnellement et sur tout ce qui lui appartient, sauf toutefois à lui à recourir au bénéfice d'inventaire.

Quand nous parlons des dettes de la succession, nous entendons les dettes que le disposant a laissées à son décès, sans distinguer celles qui ont pris naissance antérieurement et celles qui ont pris naissance postérieurement à l'institution. L'article 945, d'après lequel la donation est nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient, à l'époque de la donation, ne s'applique point aux donations de biens à venir faites par contrat de mariage. C'est donc au décès de l'instituant qu'il faut se placer pour connaître les dettes qui sont à la charge de l'institué.

C'est à cette même époque qu'il faut envisager le patrimoine de l'instituant pour déterminer les biens auxquels l'institué a droit. Et peu importe la nature des objets compris dans ce patrimoine ; peu importe également l'événement par suite duquel ils y sont entrés (Cass., 7 novembre 1832).

XXIV

L'institué contractuellement doit encore être assimilé au légataire testamentaire en ce qui touche la saisine et la demande en délivrance. Cela est sans difficulté pour l'institué à titre particulier et pour celui qui, appelé par une institution universelle, n'est pas en concours avec des héritiers réservataires. Dans le premier cas, l'institué n'a pas la saisine : il doit nécessairement former une demande en délivrance contre les personnes qui détiennent la masse de biens grevée de l'acquittement des dispositions à titre gratuit. Dans le second cas, l'institué a nécessairement la saisine : il est dispensé de demander la délivrance.

Mais *quid juris* lorsqu'il s'agit d'un institué universel concourant avec des héritiers à réserve, ou bien d'un institué à titre universel seulement?

M. Troplong pense que, même dans ces cas, l'institué contractuel est saisi de sa part et portion, et a le droit de se mettre de sa propre autorité en possession et jouissance des biens qui lui ont été donnés (nos 2366 et 2428; jugement du tribunal de la Seine, du 27 février 1833). Voici les motifs sur lesquels M. Troplong fonde son opinion : « Au fond, il faut dire que l'institué contractuel est saisi en vertu de son contrat et dispensé de la demande en délivrance. D'après les articles 938, 1138 et 1583, le consentement transfère la propriété sans tradition, et c'est ce qui est décisif ici. Sans doute, l'institution contractuelle ne transfère pas la propriété d'un objet corporel ; mais elle en donne et transfère un droit de succession, elle en fait une cession gratuite. »

Il faut bien le dire, M. Troplong reste à côté de la question. Affirmer que l'institué contractuel est investi d'un droit de propriété sur les biens qui lui ont été donnés, ce n'est pas démontrer que l'institué est *saisi*, dans l'acception juridique de ce mot. « Autre chose est la propriété, autre chose est la saisine, » a dit M. Jaubert dans son rapport au tribunat. Est-ce que tout légataire, voire même le légataire particulier, n'est pas, dès la mort du testateur, investi de la propriété des biens légués? Et cependant, le légataire universel en concurrence avec des héritiers réservataires, le légataire à titre universel et le léga-

taire particulier sont tenus de former une demande en délivrance. Pourquoi ? C'est qu'ils n'ont pas l'exercice des droits qui leur ont été transmis. Ils ont un droit de propriété sur les biens légués, il leur manque le fait de la possession. Ils sont, si l'on veut, saisis de la propriété ; mais ils n'ont pas la saisine. Donc, de cela seul que l'institution contractuelle transfère un droit de propriété, il ne suit pas que l'institué soit dispensé de demander la délivrance.

Remarquons d'ailleurs qu'il importe peu que le donataire contractuel puise son droit dans un contrat irrévocable. Si l'institué a été investi irrévocablement du titre de successeur, le légataire testamentaire, de son côté, est investi irrévocablement du même titre par suite du décès du testateur. Ce que la célébration du mariage a fait dans le premier cas, la mort le fait dans le second. En ce moment, c'est-à-dire après le décès du testateur, le légataire testamentaire est bien maître d'une qualité qu'aucune volonté étrangère ne pourrait lui enlever. Cependant, il doit demander la délivrance ! C'est donc en vain qu'on invoquerait l'irrévocabilité du titre dont le contrat de mariage a investi l'institué contractuel.

Allons plus loin et voyons si le caractère et l'origine de la demande en délivrance ne réduisent pas à néant le système de M. Troplong. Si l'on consulte les travaux préparatoires du Code Napoléon, on demeure convaincu que la demande en délivrance a été introduite d'abord dans un but de bienséance et d'honnêteté publique, en second lieu et surtout afin de préserver les réserves légales de tout danger de confusion. La demande de délivrance est en même temps un hommage rendu à la famille du *de cujus*, un acte de déférence envers l'héritier légitime et une garantie d'intégralité pour les réserves légales. Bigot-Préameneu disait, dans l'exposé des motifs : « Ne serait-il pas contre l'honnêteté publique, contre l'humanité, contre l'intention présumée du testateur, que l'un de ses enfants ou que l'un des auteurs de sa vie fût, à l'instant de sa mort, expulsé de sa maison, sans qu'il eût même le droit de vérifier auparavant le titre de celui qui se présente ? » Au Conseil d'Etat, Jollivet faisait remarquer qu'il « était indispensable d'abord de constater le montant de l'hérédité, afin d'établir les réserves, et que cependant, si l'héritier institué était d'abord saisi, il lui serait

possible d'obscurcir l'état des choses et de rendre illusoires les dispositions de la loi relatives aux réserves. » Est-ce que ces raisons ne s'appliquent pas aussi bien au légataire par institution contractuelle qu'au légataire par testament ? Qu'y a-t-il dans ces considérations qui puisse être écarté par la situation particulière de l'institué contractuellement ? Or, là où les mêmes motifs se présentent, la même règle doit être suivie. *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Nous pensons donc que l'institué universel en concours avec des héritiers à réserve n'est pas saisi de plein droit, et est tenu, par voie de suite, de leur demander la délivrance.

Quant aux intéressés à titre universel, il nous paraîtrait équitable de distinguer entre le cas où il y a des réserves et celui où il n'en existe pas. Dans la première hypothèse, la nature des droits que la loi n'a point voulu compromettre exige que ceux qui en sont les sujets aient provisoirement la possession de la succession, la saisine. Dans le second cas, l'intérêt de l'institué doit prévaloir. Il n'y a, par conséquent, aucun danger à ce que l'institué soit saisi à l'encontre d'un légataire universel ou d'un parent que la loi permettait de dépouiller et dont les droits sont nés postérieurement à ceux que l'institution a conférés.

XXV

Les réserves sont de droit naturel : elles sont sacrées. Aucune libéralité ne saurait y porter atteinte, pas même celles qui sont faites par contrat de mariage aux époux ou aux enfants à naître. L'article 1090 dispose : « Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer. » La faveur due au mariage ne peut pas, quelles que soient ses exigences, faire oublier celle qui est due aux réserves des héritiers légitimes. Le droit commun, en matière de réduction de libéralité, doit s'étendre aux institutions contractuelles.

Quant à l'action en retranchement, les institutions contractuelles doivent être considérées non pas comme des legs, mais comme des donations. Elles seront réduites non pas proportionnellement, mais par ordre de date, en remontant de la plus ré-

cente à la plus ancienne, suivant la maxime : *Prior tempore, potior est jure.* En effet, si la réduction s'opérait proportionnellement, que deviendrait le principe de l'irrévocabilité de l'institution contractuelle? L'instituant ne pourrait-il pas, en faisant une nouvelle institution, enlever au premier institué une partie des biens dont il s'était irrévocablement dépouillé à son profit? Que s'il s'agit d'une institution contractuelle en concours avec des legs et des donations ordinaires, les legs seront réduits les premiers, et l'institution prendra rang parmi les donations à la date du contrat de mariage et sera réduite, s'il y a lieu, suivant cette date.

APPENDICE.

Pour compléter l'exposition du sujet, nous devons mentionner ici deux espèces de dispositions qui sont, à vrai dire, des institutions contractuelles, mais qui ne rentrent pas nécessairement dans les limites de notre programme. Nous voulons parler de la promesse d'égalité et de la donation des biens à venir faite entre futurs époux par contrat de mariage.

La première n'est pas indiquée par le Code Napoléon ; la seconde y est réglementée ; mais c'est dans des dispositions étrangères à celles qui regardent l'institution contractuelle proprement dite.

I. — La promesse d'égalité, quelquefois appelée aussi *promesse de part héréditaire*, consiste dans l'engagement que prend un ascendant, dans le contrat de mariage de son descendant, de laisser à celui-ci dans sa succession une portion égale à celle de ses autres enfants. C'est une donation irrévocable faite au futur de sa portion héréditaire *ab intestat* dans la succession du donateur. Cette clause, encore assez usitée, surtout dans le Bordelais, équivaut à une institution contractuelle, en ce sens que l'ascendant assure à son descendant, par contrat de mariage, la même part qu'auront ses autres enfants dans les biens qu'il laissera à son décès. Les règles de l'article 1082 sur l'institution contractuelle proprement dite s'appliquent à la promesse d'égalité.

Quant à l'article 1083, on ne saurait en faire une juste application à la promesse d'égalité qu'en tenant compte de l'intention des parties. En principe, le promettant veut purement et simplement s'interdire la faculté de faire à ses autres enfants des libé-

ralités préjudiciables à celui qui va se marier. Mais il conserve le droit de donner à un tiers étranger la part qui doit revenir sur son disponible à celui qui a reçu la promesse (Bordeaux, 12 mai 1848).

Le promettant peut aussi disposer inégalement, par rapport aux autres enfants, de ce qui excède la part légitime de celui envers lequel la promesse a été faite : la promesse d'égalité ne peut être invoquée que par l'enfant dans le contrat de mariage duquel elle a eu lieu.

II. — La donation de biens à venir faite entre futurs époux par leur contrat de mariage est soumise aux mêmes règles et aux mêmes formes que celles que la loi a établies pour les donations de même nature qui sont faites aux futurs époux par des tiers.

ART. 1093. La donation de biens à venir ou de biens présents et à venir faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur. »

A cette exception indiquée par l'article 1093 il faut ajouter que l'institution contractuelle faite par l'un des futurs conjoints à l'autre n'est point révocable pour cause de survenance d'enfants (art. 1096).

Au surplus, les règles que nous avons exposées sur la capacité nécessaire pour faire une institution contractuelle sont ici modifiées par la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* (Art. 1095 et 1398 C. Nap.)

ANOUILH,
Avocat à Saint-Girons (Ariége).

ANCIENNES COUTUMES DE LAMONTJOYE.

INTRODUCTION.

Avant la fin du huitième siècle, le pays où est situé Lamontjoye [1] était couvert de bois, retraite de brigands qui commettaient toutes sortes de violences et exerçaient leurs rapines sur les habitants sans défense.

En 1298, le sénéchal d'Agenais, pour mettre un terme à ces exactions, fonda au lieu de Laplaigne, sur le théâtre même des excès des malfaiteurs, la bastide de Lamontjoye de Saint-Louis, *la Montjoya sancti Ludovici*, au nom et dans le domaine du roi. L'acte de fondation de la commune est confirmé l'année suivante par Philippe le Bel, et vidimé par le juge-mage d'Agen.

C'est le texte de cette confirmation [2] que nous donnons ici. Ce titre, qui crée la commune de Lamontjoye et fixe sa juridiction, lui donne aussi les franchises nécessaires à son indépendance et les coutumes qui doivent la gouverner.

D'après la charte, l'hommage et les redevances seigneuriales sont dues au roi, seigneur de Lamontjoye. Par cet établissement complet, au point de vue politique et administratif, Philippe le Bel voulait sans doute, comme en fondant Fleurance, Pavie, Mirande, etc., assurer sur ce point l'autorité royale forte et indépendante contre l'envahissement féodal et étranger. Mais cette haute pensée politique se perdit par les guerres désastreuses des Anglais, et avec elle périt en partie l'indépendance de Lamontjoye assiégée de prétendants seigneuriaux, tandis que dès le quatorzième siècle, par un démembrement juridique, La Plume, capitale du Brulhois, devenait à sa place la juridiction d'appel du pays.

Noverint universi quod nos Johannes, Anglici judex major Agenni pro domino nostro rege Anglie, duce Aquitanie, vidimus

[1] Lamontjoye, département de Lot-et-Garonne, arrondissement de Nérac, canton de Francescas; autrefois commune et juridiction, située dans le Condomois, province de Gascogne et gouvernement de Guyenne.

[2] Archives de la préfecture d'Agen.

et inspeximus et legi de verbo ad verbum fecimus quasdam litteras sigillo illustris domini nostri regis Francie cum cera viridi sigillatas non oblatas, non obrasas nec in aliqua parte sui viciatas quarum tenor sequitur in hunc modum. — Philippus Dei gracia Francorum rex notum facimus universis tam presentibus quam futuris, nos infra scriptas vidisse litteras formamque sequitur continentes :

In nomine Patris et Filii et Spiritus sancti, Amen.

Quia ut ex multorum querimonia frequenti publice quodammodo extiterit divulgatum, quam plurimi mali homines, in loco vocato *la Planha* Agenni diocesis, consueverint suam avaritiam exercere et innocentes ibidem diversis indebitis exaccionnibus et violentiis affligere, idcirco nos Gerardus de Chipero miles illustrissimi domini regis Francie ejusque senescallus Agennensis, ut a dicto loco et a locis circumvicinis actus hujusmodi et alii illiciti extra dicti terminos exularent, et habitantes dicti loci pacis tranquillitate perpetuo perfruantur, bastidam in eodem loco vocatam Lamontjoya sancti Ludovici, invocato omnipotentis Dei Patris, et Filii, et Spiritus Sancti auxilio, fieri ex parte dicti domini regis duximus concedendam ; et ut dicta bastida populosior efficiatur et magis reipublice fructuosa, et ut quoad habitantium ibidem copiosior multitudo hominum fiat, primo libertatem, consuetudines et libertates infra scriptas habitantibus dicti loci necnon et habitaturis in perpetuum concedendas duximus in hunc modum.

Videlicet quod quando ville dominus de Lamontjoya vel ejus bajulus ibidem noviter venerit, juret primo quod ipse bonus, legalis et justus erit consulibus, omnibus et singulis habitantibu et habitaturis dicte ville, et quod eis inviolabiliter observabit eorum coustumas, consuetudines, libertates sive franquesias, statuta et jura, eosque deffendet ab omni violentia suimet et cujuscumque alterius, pro posse, ac etiam bona fide ; et statim dicto sacramento sic facto, consules, et universitas dicte ville, jurent domino predicto quod ipsi erunt eidem boni et fideles, et eidem custodient et deffendent vitam et membra dicti domini, atque jura sua pro eorum posse, et bona fide, salvis eorum coustumis, consuetudinibus, franquesiis et statutis ; consules vero et universitas bajulo dicti loci jurare minime teneantur.

Item quod omnis verus juratus dicte ville tenens fundum

questale, propter quod homagium sive questa debeatur, prestet domino feodali homagium sive questam debitam pro ipso fundo, per se vel per interpositam personam quatenus homagium seu questam solvere tenebitur pro dicto fundo, quamdiu tenuerit dictum fundum; et cum ipsum fundum reliquerit vel cesserit, quod aliunde in antea sit pure liber, et ejus heredes.

Item quod sint perpetuo sex consules jurati dicti loci, qui sint probi homines fama vel opinione, qui ex quo creati erunt per annum continuum in consulatus officio perseverent, electuri ante finem anni per octo dies, sex alios probos viros de universitate dicte ville, perseveraturi per annum in officio consulatus, et sic singulis annis fiat deinceps in futurum, dum dicti consules ex quo creati fuerint, faciant tale sacramentum universitati dicte ville quale dictum est fieri debere per dominum supradictum, et qui electus in consulem, recipere refutaverit, in quadraginta solidos arnaudenses puniatur, dando medietatem ecclesie, alteramque medietatem ville predicte.

Item quod consules dicte ville teneant coustumas, privilegia, sigillum commune universitatis et papiros dicte ville, et fideliter custodiant toto posse.

Item quod omnis habitans juratus dicte ville et habitaturus possit habere et portare, vel apportari facere sal per terram et aquam undecumque voluerit apud Lamontjoyam, ad hospitium suum et bordile, propriis usibus suis et animalium suorum.

Item quod omnes habitantes et habitaturi dicte ville, se que omnia bona sua sint in ampparantiis, protectione et speciali gardia domini regis Francie.

Item quod juridictio immediata dicti loci duret et protendatur ab ipso loco usque ad juridictionem de Daubeza, et usque ad juridictionem de Monteastruco et usque ad juridictionem podii Carrejelardi; et usque ad juridictionem de Ligardis, et usque ad juridictionem de Baulens, et usque ad juridictionem de Badis, et usque ad juridictionem de Pluma.

Item quod sint de juridictione de Lamontjoya ratione ressorti ejusdem, totus honor de Astaforti citra rivum Gercii versus Lamontjoyam, loca Gualenx, Peyroganh, Mahlayss, Sanctus Medardus, Berrach, Sanctus Martinus de Guoyna, Frinhanc, podium Carregelardi, Ligarde, Francescas, Bads, Guolard, Daubeza, Montastrucus, Escalupt, Baulenx, Bonnus fons, Nomen

Dei, Pleissagh, Bremont, Lartigua, et Sanctus Vincentius, Castrafons? Albiacum, mons Calbus, et Montaignacum, et Ursus mons, cum omnibus pertinentiis suis et tenementis.

Item quod Lamontjoya cum suis pertinentiis et habitantes dicte ville sint de ressorto et de assisia senescalie Agennensis apud Agennum.

Item quod omnis petitio seu causa que fiat contra habitantes de Lamontjoia vel eorum quemlibet, terminentur in dicta villa, ita quod nullus habitans dicti loci debeat citari nec litigare teneatur, nisi in causa appellationis coram senescallo Agenni apud Agennum, vel nisi in actionibus quarum cognitio ad forum ecclesie pertinet.

Item quod consules dicte ville possint creare, et non alius, notarium seu notarios in villa de Lamontjoya sufficientes ad officium notariorum, premissis aut promissionibus non susceptis, et recipere juramenta.

Item quod consules dicte ville anno quo creati fuerint, semel possint talliam facere et imponere habitantibus et habitaturis dicte ville pro expensis communibus dicte ville, et debet illa tallia fieri pro solido et libra de bonis juratorum que habent apud Lamontjoiam et juridictionem ejusdem, et possint dicti consules talliatos pignorare et compellere ad solvendum dictam talliam.

Item quod consules et universitas dicte ville possint habere domum communem apud Lamontjoyam in qua domo sint masselli, mensure bladi, et vendatur ibidem, et quod leuda inde habita et aliis mercaturis per quadriennium proximum ad reparationem pontium et publicarum viarum dicte ville per consules fideliter convertatur, postque dictum terminum, domino regi, si eidem placuerit, revertatur.

Item quod apud Lamontjoyam sit mercatum qualibet die lune, et nundine perpetuo bis in anno trium dierum continuorum continentes intervallum, videlicet in festo beati Laurentii prime, cetere in festo purificationis beate Marie virginis.

Item quod quicumque habitans vel habitaturus dicte ville possit facere furnum ibidem ad coquendum panem suum vel alienum cum salario opportuno.

Item quod dicti jurati possint accipere aquam, herbam, folia

et ligna sita infra unam leucam dicte ville, absque prejudicio dominorum pro usibus eorumdem.

Item quod dicti jurati dicti loci habere fustes ad construendum et edificandum domos suas, et hospitia in dicta villa unavice de nemoribus que sunt prope juridictionem dicte ville infra unam leucam, ad cognitionem quatuor proborum virorum per consules et illius cujus fuerit, electorum.

Item quod mensure bladi, vini, olei, salis, nucum, pondus piperis ceterorumque ponderalium, canna pannorum et pertica cum qua mensurantur vinee, et terre et cetera predia, sint ejusdem mensure et quantitatis ut sunt mensure, pondus, canna et pertica civitatis Agennensis, et denunciata (?) oblata ac pageziata terre, vinee, prati, nemoris et alterius predii sint ejusdem quantitatis cujus sunt ille de civitate Agennensi et equalibus mensuris sive perticis mensurate.

Item quod quodlibet aeriale dicte ville sit amplitudinis duarum perticarum, quarum quelibet pertica contineat longitudinem octo cubitorum vel razarum, et quodlibet aeriale contineat in longitudine sex perticas de predictis, et quilibet hortus sive cazale contineat unam pageziasatam ad dictam mensuram, et quelibet vinea contineat quatuor denariatas ad mensuram predictam, et forma consimili qua tenentur hujusmodi predia habitantium civitatis Agenni a juratis de Lamontjoya teneantur, circumstantiis locorum hinc et inde diligenter inspectis.

Item quod consules et universitas de Lamontjoya habeant messegarios in honore et juridictione immediata dicte ville, qui dicti messegarii exerceant ex dicto officio, ut est in dicta patria consuetum.

Item quod dicti consules de gagiis, penis, questis, talliis, et de aliis que receperint ratione consulatus, expendant prout necesse et rationis fuerit, in et pro utilitate communi de Lamontjoya, et de omnibus bonum compotum reddant successoribus consulibus dicti loci, infra octo dies postquam ab eisdem fuerint requisiti.

Item quod uxor, filii ac filie et etiam familia juratorum de Lamontjoya habeant omnes et singulas coustumas, franquesias et libertates quas habent jurati quamdiu stabunt ibidem, ad expensas eorum.

Item quod nemo possit clamorem facere de juratis seu vicinis

dicte ville, nec in judicium trahere coram bajulo dicti loci, vel coram altero quolibet judice, seu domino, nisi primitus requisierit, seu monito illo quem voluerit in judicium trahere coram consulibus dicte ville, quod sibi satisfaciat de eo quod intendit petere ab eodem, et salvo quod in percutionibus, verberibus, injuriis, conviciis vel facto contumelioso, rapina, aut in crimine in quo sit aliquis requirendus, vel monendus.

Item quod dicti jurati possint locare domos suas certo termino, propria auctoritate, et de locagio gaudere, prout est in patria consuetum.

Item quod si quis conqueratur ab aliquo jurato dicti loci pro mercede, salario, vel ratione operum manualium, sive personalium, bajulum (?) aut consules dicte ville debent compellere reum ad solvendum sine strepitu judicii, et absque gagio conquerentis.

Item quod quicumque juratus de Lamontjoya possit vendere terras suas, vineas, prata, domos aut alia predia sua quandocumque voluerit, salvo jure quolibet alieno.

Item quod omnis res emphiteotica vel feodalis teneatur ab habitantibus et juratis de Lamontjoya modo et forma quibus tenentur dicte res emphiteotice vel feodatales civitatis Agennensis adjacentes tenentur.

Item quod omnis actus dotis, dotalicii, sive donationis facte propter nuptias deducatur (?), et fieri debet secundum consuetudines civitatis Agenni predictas.

Item quod omnes cause sive lites curie de Lamontjoya audiantur, examinentur per bajulum et consules dicte ville, vel per locum bajuli tenentem communiter indivisim et etiam terminentur, et quod qui subcumberet in causa civili, in tribus solidis arnaudensibus pro gagio puniatur, et qui plene defecerit in curia, pro deffensione sex arnaudenses solvat; tamen si reus de habitantibus dicti loci petitioni actoris acquieverit; sive causam confessus fuerit sine lite, dominus non habeat gagium, si reus infra novem dies satisfaciat de re confessata actori.

Item quod servientes bajuli juratos de Lamontjoya non possint pignorare nec habitantes arrestare sine licentia bajuli, nisi in causa criminali.

Item quod si bajulus vel ejus servientes a juratis dicte ville pignora exceperint, vel alter pro domino, pro re judicata, vel

confessata, illa pignora apud Lamontjoyam sub salva gardia absque nonditione novem dierum spatio teneantur.

Item quod consules de Lamontjoya habeant duos servientes ad opus ville, per quos fiant citationes, quociens faciende occurrerent in villam, et infra decos, contra eos adversus quos fiet querimonia coram eis, et per quos exequantur et possint exequi eorum cognitiones, sententie et precepta.

Item quod in causa nove dissaysine, vel spolationis facte ab uno anno citra procedatur de plano sine strepitu judicii, nec dentur dilationes nisi trium dierum intervallo singule in hoc casu.

Item quod dominus habeat decem solidos arnaudenses tantum super appellationem, si in causa appellationis succumbat.

Item quod in omni actu testamentorum, legatorum et donationum procedatur apud Lamontjoyam juxta consuetudines civitatis Agennensis.

Item quod quicumque habitans juratus de Lamontjoya confessus fuerit in judicio, vel convictus legitime aut etiam condempnatus personali actione, et non habeat bona mobilia, et hec tenetur jurare, de quibus possit satisfacere creditori quadraginta dierum pro terra, sive bonis immobilibus vendendis gaudeat judiciis, et nisi infra dictum tempus debitum solverit, aut bona sua immobilia non vendiderit, consules de Lamontjoya extunc ea vendant modo et forma quibus consules civitatis Agennensis facere consueverint.

Item quod quicumque habitans juratus dicte ville honeratus ere alieno, aut pro debitis in quibus tenetur cuilibet persone, possit cedere bonis suis, secundum formam in jure statutam.

Item quod pro debito domini vel pro re judicata seu confessata in casu civili, bona juratorum de Lamontjoya que inferius scripta sunt, nondum ab homine capiantur, videlicet archa, arma, garnimenta, ferramenta cum quibus operantur lucrando panem, vestes proprii corporis, boves arabiles, aratrum, ceteraque instrumenta cum quibus homo operatur lucrando panem, nec etiam pignorentur.

Item quod habitantes de Lamontjoya faciant domino exercitum, seu est, modo et forma quibus habitantes civitatis Agennensis facere tenentur, quantitate loci, qualitate personarum et numero diligenter inspectis.

Item quod bajulus de Lamontjoya, injuriam, vim, violenciam nec gravamen inferat juratis seu habitantibus de Montjoya preter eorum consuetudines et costumas.

Item quod bajulus dicte ville in casu civili habitantes dicti loci non possit capere seu arrestare consulibus inconsultis, et si hoc fecerit, dictis consulibus de Lamontjoya eos recredat, nec etiam habitantem dicti loci ad supplicium ponere, nec poni facere consulibus dicte ville non vocatis, quacumque de causa.

Item quod de omni casu criminali et quocumque ejus genere cujusque conditionis fuerit, quandocumque apud Lamontjoyam sortiri contigerit, secundum consuetudines civitatis Agennensis cognoscatur per bajulum de Montjoya et dicti loci consules, et etiam terminentur.

Item quod in omni casu civili, et et in quocumque actu ejusdem de quibus superius nondum fit mentio, juxta consuetudines civitatis Agennensis supradictas per bajulum et consules de Lamontjoya procedatur.

Item quod consules dicte ville habeant eamdem et consimilem potestatem ac juridictionem in villa de Lamontjoya et infra decos, quamvis superius mentio nondum plenius declaretur, quas consules civitatis Agennensis ibidem et infra decos habere notatur.

Actum apud Lamontjoiam die Jovis, in festo circumcisionis domini, anno ejusdem millesimo ducentesimo nonagesimo octavo, presentibus domino Petro de Morino, domino Goberto de Mollenih militibus, magistro Raymundo de Cassaneto juris perito, Nicos Gerento judice ordinario Agenni, magistro Johanne de Frantonso deffensore in Agenno pro domino rege, Arnaldo de Duroforti, Johanne de Chipero, Galhardo de Rupe, Raymundo de Turre, Joanne de Malacria, Guilhelmo de Astafforti, Guilhelmo d'Autum, Galhardo de Sampot, Guilhelmo de Lestap, Petro de Fursonis, Dominis Arnaldo de Prestingh, et Guilhelmo de Bordis presbiteris.

Nos vero Theobaldus de Chipero miles, senescallus predictus, sigillum nostrum presentibus duximus apponendum in testimonium premissorum.

Nos autem premissa omnia et singula prout superius sunt expressa, rata et grata habentes, ea volumus, approbamus, concedimus, et tenore presentium confirmamus, salvo in aliis jure

nostro et in omnibus quolibet alieno ; quod ut ratum et stabile permaneat in futurum, presentibus nostrum fecimus apponi sigillum.

Actum in abbatia Elemozine Cistertiensis, anno Domini millesimo ducentesimo nonagesimo, nono mensis Augusti. In cujus visionis et inspectionis testimonium sigillum nostrum presentibus nos Judex predictus duximus apponendum ; constat nobis de interlineaturis et resaturis anno dicto.

Datum et actum fuit hoc apud Agennum die Mercurii post festum nativitatis beati Johannis Baptiste, anno domini millesimo trecentesimo decimo quinto.

LETTRES ROGATOIRES EN FRANCE

ET

DANS LES ÉTATS SARDES.

De l'inutilité des lettres rogatoires pour l'exécution, dans les Etats sardes, des jugements rendus à l'étranger, par M. F. DE LACHENAL, professeur de droit, avocat à Chambéry, suivi d'une consultation de M. Pognient, avocat à Chambéry.— *Lettera dell' avv.* GIOVANNI DE GIOANNIS *all' avvocato F. de Lachenal.* — *France et Sardaigne*, par M. FÉRAUD-GIRAUD.

I

Nous voulons rendre compte aux lecteurs de la *Revue historique* d'un débat plein d'intérêt, soulevé par des esprits éminents dans l'un des pays récemment annexés à la France, en Savoie. Voici l'objet de ce débat.

Le pouvoir souverain, source du droit de juridiction qui appartient aux juges, expirant à la frontière de chaque Etat, l'autorité et la force exécutoire qui s'attachent aux décisions judiciaires ne peuvent, en principe général, s'étendre au delà de cette frontière. Mais le souverain étranger peut leur reconnaître cette autorité, et leur donner cette force exécutoire qu'elles n'auraient pu recevoir des juges qui les ont rendues.

Dans quelques pays, l'ordonnance d'*exequatur* n'est prononcée en faveur d'un jugement étranger qu'après une révision complète ; dans d'autres, après une révision sommaire. C'est ce qui a lieu, notamment dans les Etats Sardes, au moyen de l'instance de *délibation*.

Dans les Etats Sardes, c'est la Cour d'appel, dans le ressort de laquelle l'exécution doit avoir lieu, qui rend l'ordonnance d'*exequatur*.

Mais comment cette Cour doit-elle être saisie? Peut-elle l'être directement par une simple requête de la partie qui veut obtenir l'ordonnance d'*exequatur* ?

Depuis un temps immémorial il est d'usage que les tribunaux étrangers, qui veulent demander l'exécution de leurs jugements, adressent des lettres rogatoires ou réquisitoriales à la Cour des Etats Sardes, pour la prier de permettre l'exécution du juge-

ment dans son ressort, en lui offrant la réciprocité. Cet usage des lettres rogatoires existe dans un grand nombre d'Etats.

Les royales constitutions de 1770 exigeaient d'une manière expresse les lettres rogatoires. Le paragraphe 13, chap. I, tit. III, liv. II, est ainsi conçu :

« Le sénat prendra connaissance des matières de *placet* ou *pareatis*, pour permettre de traduire quelque prisonnier dans les pays étrangers, ou d'exécuter dans nos Etats quelque provision donnée dans les susdits pays étrangers, sur ce ouï l'avocat général ou l'avocat fiscal général et respectivement, *pourvu qu'on ait fait au sénat les réquisitions en forme*, à l'égard desquelles il observera les mêmes traitements que l'on pratique envers lui. »

Le Code de procédure civile sarde a remplacé les royales constitutions ; promulgué le 16 juillet 1854, il a eu force de loi le 1er avril 1855. Son article 662 est ainsi conçu :

« Les jugements rendus par les tribunaux étrangers ne peuvent être exécutés dans les Etats qu'après avoir été déclarés exécutoires par la Cour d'appel dans le ressort de laquelle l'exécution doit avoir lieu.

« Les actes authentiques, etc.

« Si l'exécution est demandée contre un régnicole, les Cours d'appel et (en ce qui concerne les actes) les tribunaux de province n'ordonneront respectivement exécution des jugements et des actes précédemment mentionnés que parties ouïes ou dûment citées en voie sommaire et sur conclusions du ministère public, à moins qu'il n'y ait des dispositions contraires dans les traités politiques, et sauf, en ce qui concerne les hypothèques, ce qui est établi dans les articles 2181 et 2188 du Code civil. »

Cet article contient-il expressément ou tacitement la suppression de la formalité des lettres rogatoires, comme étant inutile ?

C'est ce qu'a pensé M. de Lachenal, professeur de droit à Chambéry ; et son opinion a trouvé bientôt un appui auprès de deux avocats de Chambéry, M. Désarnod et M. Pognient. En 1856, dans la *Gazetta di Giuristi* de Turin, M. de Lachenal a publié une dissertation sur l'inutilité des lettres rogatoires, suivie d'une consultation de M. l'avocat Pognient.

Cette dissertation a été publiée en 1859 par la *Revue pratique* de Paris, et elle a paru également en brochure séparée.

C'est pour la première fois que cette question est soulevée, et l'attention publique s'est éveillée. Divers journaux ont rendu compte de la brochure de M. de Lachenal ; nous citerons *le Droit*, du 9 août 1859, article de M. Fœlix, du barreau de Paris ; le *Moniteur judiciaire de Lyon*, du 3 septembre 1859, article de M. Rougier, avocat ; la *Gazette de Savoie*, et l'*Indépendance belge*, article de M. Eugène Burnier, avocat ; le *Diritto*, de Turin, article de l'avocat Marazio ; l'*Indipendente*, article de M. Boggio, professeur à la Faculté de droit de Turin. Des éloges mérités y sont donnés au travail du professeur de Chambéry.

Ses idées, quoique nouvelles, s'accréditaient, se répandaient ; M. de Lachenal a eu bientôt d'autres auxiliaires.

L'avocat Giovanni de Gioannis, professeur de droit public à l'université de Cagliari, a fait publier une lettre adressée à M. de Lachenal, où il développe avec beaucoup de science les arguments de son collègue de Chambéry, et en produit de nouveaux.

Nous ne citerons pas toutes les adhésions qu'a reçues M. de Lachenal ; nous mentionnerons seulement celles de M. de Cibrario, ancien ministre, de M. Miglietti, ministre de la justice, de M. le baron Manno, ancien président du sénat, président de la Cour de cassation, et de M. le comte Frédéric Sclopis, vice-président du sénat, président du conseil du contentieux diplomatique.

M. Manno résume ainsi son opinion : « J'ai toujours pensé que le droit de souveraineté judiciaire est une chose trop sérieuse pour qu'il puisse être méconnu ou aidé par des formules d'urbanité. »

Et M. Sclopis, dans un langage fort élevé, dit à M. de Lachenal : « Le sujet réclame toute mon attention, puisqu'il entre précisément dans la sphère d'attribution du conseil que j'ai l'honneur de présider ; la manière dont vous avez traité cette question ne fait qu'ajouter à la réputation de publiciste que vous vous êtes justement acquise.

« Quant au fond de la question, je pourrais vous dire que vous prêchez un converti, car depuis longtemps j'étais persuadé que tout ce qui, sans de graves motifs, tend à gêner les rapports

des citoyens des différents pays (tant économiques que judiciaires) doit disparaître dans la marche ascendante de la civilisation. On croyait jadis que, pour se faire valoir, hommes et gouvernements, il fallait se tenir, autant que possible, à l'écart les uns des autres. Aujourd'hui on commence à reconnaître que les rapprochements servent à développer les éléments de bonheur que Dieu a mis à la disposition de l'humanité. Législation, droit international, économie politique, tout doit désormais être régi par les principes du droit public de la civilisation, qui appelle les peuples qui le comprennent à jouir des bienfaits de la solidarité et de l'assimilation. »

M. de Lachenal nous pardonnera notre indiscrétion; nous ne pouvions laisser ce document ignoré du public; et quant aux éloges que M. Sclopis lui décerne, nous ne les avons pas supprimés, parce que nous aurions été obligé de les répéter nous-mêmes, sans pouvoir leur donner l'autorité qui s'attache au témoignage de cet homme d'Etat.

M. de Lachenal a trouvé aussi des adversaires à sa doctrine.

En France, M. Féraud-Giraud, conseiller à la Cour d'Aix, a publié un ouvrage intitulé *France et Sardaigne* (Paris, 1859, chez Durand), et dans le chapitre où il s'occupe de l'exécution des actes et jugements, il examine la question posée par M. de Lachenal. Il n'attaque pas directement son opinion, il se contente de dire qu'elle pourrait être sérieusement combattue; en admettant que, dans les Etats Sardes, les Cours puissent ne pas exiger les lettres rogatoires pour revêtir les jugements étrangers de la force exécutoire, il pense que cette doctrine n'est pas admissible en France.

De son côté, M. le comte Alexandre Pinelli, premier président de la Cour d'appel de Gênes, a écrit à M. de Lachenal une lettre dont nous extrayons les passages suivants :

« A part l'appui imposant qu'en opposition à votre thèse fournit à M. Féraud-Giraud, entre la France et la Sardaigne, l'existence du traité de 1760, j'avoue que je trouve le dispositif de l'article 662 de notre Code de procédure civile plus en harmonie avec le système des lettres rogatoires qu'avec le système contraire. En effet, à moins qu'il ne s'agisse de l'exécution demandée contre un régnicole, qui ne peut être accordée que parties ouïes, il s'ensuivrait qu'en tout autre cas une simple re-

quête, suivie du décret de la Cour d'appel du ressort, suffirait pour rendre exécutoire un jugement étranger. Il vaudrait mieux alors, en principe, refuser à ces jugements la force de la chose jugée, ainsi que cela résulte de l'article 546 du Code de procédure civile français, et de la jurisprudence attestée en France par la plupart des auteurs, que de faire servir la juridiction de l'Etat, sur la simple demande de la partie, à donner force à un acte judiciaire provenant de l'étranger, en absence de la partie adverse, et, dans la plupart des cas, sans aucune garantie sur la portée de cet acte et sur les circonstances qui y ont donné lieu.

« Il ne s'agit pas, en effet, de la simple authenticité à laquelle me paraissent se borner les observations contenues dans votre travail et dans celui de M. Pognient ; mais, s'il m'est permis de m'exprimer ainsi, il s'agit de l'*actualité du droit*, qui me paraît au moins un peu mieux sauvegardée dans le système des lettres rogatoires exigées en échange de nos bons procédés envers les actes émanant de l'autorité étrangère. »

M. de Lachenal a encore d'autres adversaires : ce sont les Cours d'appel dont la jurisprudence est conforme à l'opinion de M. le président Pinelli. Il est vrai que nous ne connaissons pas d'arrêts postérieurs à la publication de sa brochure, mais la jurisprudence antérieure lui était défavorable.

Tel était l'état de la question, quand a été promulgué, le 20 novembre 1859, un nouveau Code de procédure dans les Etats Sardes. Ce nouveau Code est l'œuvre d'une Commission nommée par M. Ratazzi, pendant la dictature conférée au roi Victor Emmanuel, à l'occasion de la guerre d'Italie. Il est en vigueur depuis le 1er mai 1860. Il doit régir la Savoie jusqu'à la fin de cette année. Cependant nous devons dire que, pour les décisions rendues par les tribunaux français comme pour celles rendues par les tribunaux des nouveaux pays annexés, la procédure internationale de l'*exequatur* n'est plus applicable. Les jugements rendus dans les deux départements de la Savoie et dans celui de Nice sont exécutoires dans tous les autres départements français et réciproquement. Tous sont des jugements rendus par les tribunaux français, exécutoires par conséquent sur tout le territoire français.

Si les dispositions de ce Code sur l'effet des jugements étran-

gers ne sont plus applicables aux pays annexés, elles le sont aux Etats Sardes. En voici le texte : nous donnons la traduction légale en français.

« ART. 683. — Les jugements des tribunaux étrangers ne sont exécutoires dans les Etats qu'après avoir été déclarés tels par la Cour d'appel dans le ressort de laquelle ils doivent être exécutés.

« La Cour d'appel accordera la force exécutoire aux jugements des tribunaux étrangers, après un jugement préalable de délibation, dans lequel elle examinera : 1° si le jugement a été rendu par un juge compétent; 2° s'il a été rendu, les parties dûment citées; 3° si les parties ont été légalemeut défaillantes; 4° si le jugement contient des dispositions contraires au droit public interne ou à l'ordre public des Etats. — Le jugement de délibation sera prononcé en forme sommaire, sur la citation préalable des intéressés et ouï le ministère public.

« ART. 684. — La partie qui voudra provoquer l'instance de délibation, pour rendre exécutoire un jugement, devra le présenter en forme authentique.

« ART. 685. — Si l'exécution d'un jugement est requise par les voies diplomatiques, ou même directement par un tribunal étranger, et que la partie intéressée n'ait pas en même temps constitué un procureur pour faire les instances opportunes, la Cour d'appel, sur le réquisitoire qui lui sera présenté à cet effet par le ministère public, députera d'office un procureur à la partie requérante, lequel, au nom de celle-ci, provoquera l'instance de délibation.

« ART. 686. — La force exécutoire que la loi attribue aux actes authentiques peut aussi être accordée à l'acte authentique reçu en pays étranger; elle sera accordée par le tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel l'exécution doit avoir lieu, en suite d'une instance sommaire dans laquelle on observera, autant qu'elles peuvent y être applicables, les dispositions des articles précédents.

« ART. 687. — Les réquisitions qui seront adressées aux autorités des Etats judiciaires par la voie diplomatique, ou même directement par les tribunaux étrangers pour faire des citations ou pour recevoir des enquêtes, des rapports d'experts, des serments, des réponses à des interrogatoires ou autres actes d'instruction,

seront rendues exécutoires par la Cour d'appel au moyen d'un simple décret de permission, et elles seront déléguées à l'autorité judiciaire ayant le pouvoir de recevoir ou de faire les actes requis si la partie requérante n'a constitué aucun procureur pour obtenir en son nom de la Cour d'appel le décret de permission ci-devant indiqué; ce décret pourra aussi être rendu sur réquisitoire du ministère public. — Lorsque les actes requis exigent, d'après les règles tracées par ce Code, qu'ils soient faits à la diligence de la partie requérante, l'autorité judiciaire, qui les exécute, députera au besoin d'office un procureur afin qu'il la représente, comme aussi, dans les cas où le Code de procédure civile requiert ou permet la présence des parties intéressées à l'acte, celles-ci, s'il conste qu'elles aient une résidence connue dans les Etats, seront averties du jour auquel il sera procédé à l'acte même, afin qu'elles puissent y intervenir si elles le jugent convenable. — Si les réquisitions des tribunaux étrangers contiennent de simples notifications d'actes, le ministère public en chargera directement un huissier. — L'accomplissement, dans les Etats, d'actes de procédure relatifs à une cause, en suite de réquisitions d'un tribunal étranger, n'en rendra pas moins nécessaire l'instance en délibation, lorsqu'il s'agira de l'exécution du jugement définitif.

« Art. 688. — Les dispositions contenues dans les cinq articles qui précèdent sont subordonnées à celles des traités et conventions politiques, et à celles des lois spéciales auxquelles les autorités judiciaires devront principalement se conformer en cette matière. »

En présence de ces documents, examinons la doctrine de M. de Lachenal.

II

Faut-il remonter au droit romain pour trouver l'origine des lettres rogatoires, et de la formalité du *pareatis* ou de l'*exequatur*?

Il ne pouvait être question, en droit romain, de l'exécution des jugements étrangers. Le peuple romain ne reconnaissait que sa souveraineté; pour lui, l'étranger c'est l'ennemi, *hostis*; hors de l'empire il n'y avait que des barbares.

Mais, à l'intérieur de l'empire, les magistrats qui ne pou-

vaient exécuter leurs décisions hors du ressort de leur juridiction adressaient aux magistrats d'une autre juridiction des lettres, appelées *litteræ publicæ*, pour les prier de faire exécuter leurs sentences M. de Lachenal a cité le fragment 15 d'Ulpien, D. *De re judicata*. Godefroy, dans une note sous cette loi, relevée par M. de Gioannis, s'exprime ainsi : « Vix puto in toto jure apertius quam hic ostendi, originem mandati illius, quod *Galli* vocant *pareatis*. Hinc promanat origo litterarum quæ *requisitoriæ* dicuntur. »

Dans l'ancien droit nous trouvons les lettres rogatoires et la formalité du *pareatis* employées, non-seulement d'Etat à Etat, pour rendre exécutoires des jugements étrangers, mais de juridiction à juridiction, dans l'intérieur d'un même Etat.

Le juge était considéré comme ne pouvant donner à ses décisions une force exécutoire hors de sa juridiction. Elles conservaient toujours l'autorité de la chose jugée, mais elles ne pouvaient être exécutées sans être revêtues de la formule exécutoire, du *pareatis*, par le juge du ressort dans lequel l'exécution devait avoir lieu. Ce *pareatis* était demandé par des lettres rogatoires que le juge qui avait rendu la sentence adressait à celui dans le ressort duquel on voulait l'exécuter.

Cet usage était né d'une erreur de principe et il donna lieu à de graves abus, à de nombreuses complications dans l'exécution des jugements. Nous nous garderons d'en rapporter ici les détails.

L'ordonnance de 1667 voulut y remédier; elle décida que la partie qui voudrait faire exécuter un jugement dans un autre ressort pourrait recourir à l'un des trois moyens suivants : 1° obtenir du grand sceau un *pareatis* général, donnant à l'arrêt ou au jugement force exécutoire dans tout le royaume; 2° demander à la chancellerie du Parlement, dans le ressort duquel l'exécution devait être poursuivie, un *pareatis* que le garde des sceaux de cette chancellerie était obligé de sceller sur la simple présentation et sans entrer dans la connaissance de la cause, à peine d'interdiction; 3° présenter une requête au juge du lieu de l'exécution, à l'effet d'être autorisé à exécuter. La permission était accordée au bas de la requête.

Le *pareatis* n'était plus qu'une formalité, une dernière entrave, que notre Code a dû faire disparaître, en rétablissant les vrais principes.

Le juge est le mandataire du souverain : il prononce en son nom et comme le ferait le souverain lui-même ; dès lors, les effets de ses jugements doivent s'étendre jusqu'où s'étend le droit de souveraineté du pouvoir qui l'a institué. Aussi l'article 547 du Code de procédure civile porte que « les jugements rendus et les actes passés en France sont exécutoires dans tout le royaume, sans *visa* ni *pareatis*. »

Aujourd'hui, ce principe est consacré par toutes les législations. Les lettres rogatoires, les *pareatis* ne sont plus nécessaires à l'intérieur ; faut-il les maintenir à l'extérieur ?

Les principes ne sont plus les mêmes, et nous ne saurions conclure d'un cas à l'autre.

Deux effets principaux dérivent des jugements : 1° l'autorité de la chose jugée, 2° la force exécutoire. Ils ont leur source dans le pouvoir délégué au juge par le souverain. Or, le pouvoir du juge est limité par celui même du souverain, qui expire aux frontières.

Dès lors, en principe, ni l'un ni l'autre de ces effets n'appartiennent au jugement en pays étranger.

Mais nous sommes loin de ces époques où les nations, jalouses de leur indépendance et de leur souveraineté, croyaient les protéger et les faire respecter en s'isolant dans leurs frontières ; la civilisation moderne, sans sacrifier l'indépendance des peuples, tend à abaisser les frontières ; le droit des gens, comme le droit civil, s'humanise et se dépouille de ces formes surannées, qui ont pu avoir leur utilité dans d'autres temps, mais qui ne sont aujourd'hui que des obstacles au prompt développement de la prospérité générale.

Or, dans un intérêt international, ne doit-on pas désirer que le droit des gens s'approprie ce principe si ancien de notre droit civil, l'autorité de la chose jugée ? Pourquoi la chose jugée dans un pays ne serait-elle pas réputée la vérité dans un autre (*res judicata pro veritate habetur*) ? Les peuples n'auraient rien à craindre pour leur indépendance, leur souveraineté, et ils jouiraient des bienfaits de la réciprocité. D'ailleurs les jugements, pour obtenir cette autorité *internationale* (qu'on nous permette cette expression), devraient réunir certaines conditions, et nous embrassons volontiers sur ce point l'opinion de nos publicistes, tels que Vattel, Martens, Klüber.

Déjà bien des Etats sont entrés dans cette voie, et nous avons à regretter que la France soit restée en arrière, grâce à une jurisprudence qui nous paraît contraire au texte de l'article 546 du Code de procédure civile, et d'après laquelle les tribunaux français ont le droit de réviser complétement la décision étrangère dont on leur demande d'ordonner l'exécution.

Ainsi, selon nous, le premier des deux effets qui s'attachent aux jugements, l'autorité de la chose jugée, devrait s'étendre au delà des frontières.

Il n'en est pas de même du deuxième.

En droit public, on ne saurait admettre qu'un jugement soit exécuté dans un pays étranger sans l'assentiment du souverain, et sous un autre nom que le sien. De là, la nécessité des *pareatis*, des ordonnances d'*exequatur* à l'extérieur; et nulle part on n'a poussé le libéralisme international jusqu'à demander leur suppression.

Mais dans quelle forme demandera-t-on, accordera-t-on ces *pareatis*? Dans quelle forme rendra-t-on exécutoires les jugements étrangers?

Ce n'est ici qu'une question de procédure, le principe n'est pas mis en discussion.

Avant de rechercher quelle est la forme qui serait préférable, interrogeons l'histoire, voyons celle qui a été le plus généralement adoptée.

Nous avons déjà dit qu'à l'époque où le système des *pareatis* était en usage à l'intérieur, le jugement était présenté au juge qui devait en ordonner l'exécution, avec des lettres rogatoires émanées du juge qui avait prononcé le jugement.

Aujourd'hui en France, les lettres rogatoires, sont inutiles, lorsqu'on demande à nos tribunaux de rendre exécutoire un jugement étranger, puisque la jurisprudence décide que la question devra de nouveau être examinée au fond. On procédera alors, comme pour les instances ordinaires, par action directe. La France a un traité avec la Suisse. D'après ce traité, le jugement rendu en Suisse est exécutoire en France; s'il est dûment légalisé, la formule exécutoire est ajoutée au jugement par une simple ordonnance du président du tribunal où l'exécution doit avoir lieu. (Fœlix, *De l'effet ou de l'exécution des jugements en pays étrangers*, p. 129.)

La France a aussi un traité avec la Sardaigne; c'est le traité de 1760, que la jurisprudence a reconnu être encore en vigueur. Nous aurons bientôt à examiner son texte ; mais dès à présent nous devons dire que le droit d'exécuter en France les jugements rendus dans les Etats Sardes doit être demandé à la Cour impériale dans le ressort de laquelle elle est poursuivie ; ces jugements sont présentés avec des lettres rogatoires émanées des Cours d'appel (autrefois sénats) des Etats Sardes ; nos Cours ne recevraient pas la requête en ordonnance d'*exequatur*, si elle n'était accompagnée des lettres rogatoires. Telle est la pratique de la Cour de Grenoble; M. Féraud-Giraud nous dit que celle de la Cour d'Aix est conforme, et l'on peut voir dans son ouvrage, p. 283, de nombreux arrêts d'autres Cours qui témoignent de cet usage.

Nous ne voulons pas multiplier les détails et parcourir les législations de tous les Etats de l'Europe ; nous renvoyons nos lecteurs à la brochure déjà citée de M. Fœlix, et ils reconnaîtront que les lettres rogatoires sont en usage dans un très-grand nombre d'Etats. Passons aux Etats Sardes ; ici l'on nous permettra d'être moins bref.

L'usage des lettres rogatoires y est si ancien, qu'on pourrait dire qu'il y a toujours existé. On peut consulter le président Fabre, *Def.* 2 Cod., *De execut. rei judicatæ*, les *Observationes forenses Senatus Pedemontani*, du sénateur Ab. Ecclesia, notamment : addition à l'observation 177, p. 124 ; les observations 112, n^os^ 13 et 178 ; les *Questiones forenses* du sénateur Thésauro (quest. II, n° 2, liv. III). Ces ouvrages ont déjà été cités par M. de Lachenal. On y trouvera tout ce qui résulte de documents moins connus, que nous allons citer et dont nous devons la communication à la bienveillance de M. de Lachenal.

Les sénats avaient seuls compétence pour connaître de l'exécution des jugements étrangers, dans l'étendue de leur juridiction. Ils eurent soin de faire respecter leurs droits, quand, par abus, des jugements étrangers étaient exécutés sans leur permission. Nous pouvons citer un arrêt de règlement du sénat de Chambéry du 17 février 1573, dont le texte mérite de passer sous les yeux du lecteur :

« Remonstrant en jugement maistre Jean Perraton, advocat général, que les roys et princes n'ont rien de plus cher et plus en re-

commandation que la conservation de leur jurisdiction, comme estant le principal fleuron de leur couronne. Par là, les principautez sont bien régies et gouvernez, les sujects en tranquillité, repos et toute obéyssance. Les voisins, princes ou leurs magistrats n'eniambent (n'enjambent) sur les autres. Et comme dit le jurisconsulte : *Extra territorium juridicente impune non paretur;* sur quoy sont fondez les *pareatis* et permissions requises par les jurisdictions, les unes aux autres, lesquelles en ayde et recours se doivent par suffrage ayder et fraterniser, non toutesfois par confusion prendre auctorité non requise, ny permise. Remonstre encores, pour avoir veu et tenu en main certaines missives et mandats judiciaires, décernez et envoyez par aucuns seigneurs et potentats, voisins de Son Altesse, portans adjournemens et certains autres commandemens, exécutez contre aucun sujects de ce ressort pour comparoir devant eux, et autres exécutions, sans avoir présenté les dicts mandats, ou missives, et requis *placet et pareatis* au sénat ou autrement insinué aux juges et officiers de cette province.

« Le sénat faisant droict sur les réquisitions, judiciellement faictes par le procureur général, a faict inhibitions et défences à toutes personnes, de n'apporter lettres missives ou autres, d'aucuns princes, ou potentas étrangers, contenant adjournements ou exploicts en vertu d'icelles, sans les avoir présentées et obtenu sur icelles permission du sénat ou des magistrats de ce ressort, auxquels par privilége et pouvoir de Son Altesse, telle connoissance est attribuée, et ce à peine de nullité de tels exploicts, lesquels dès à présent il a déclarés nuls et invalides : et contre ceux qui les auront faicts, et apporté les dictes missives ou lettres, à peine de prison et autre amende arbitraire. A faict semblablement inhibitions et défences à toutes personnes et sujects de ce ressort, de quelque estat et qualité qu'ils soient, de ne comparoir en personne, ou par procureur, par devant aucuns des dicts seigneurs, princes et potentas estrangers, par vertu de telles lettres missives ou autres qui leur seront baillées ou signifiées ainsi que le dit est, sans permission du sénat, à peine de dix mille livres et autre plus grande, s'il est ainsi aduisé, etc. »

Cet arrêt se trouve dans le Recueil des arrêts et règlements de Pierre-Emmanuel-Philibert, duc de Savoie, et des arrêts du sénat de Chambéry, publié par Geoffroy Dufour.

Voilà le principe posé : les jugements étrangers ne pourront être exécutés sans avoir été revêtus de l'*exequatur* par le sénat. Comment était-il appliqué ? nous ne saurions mieux faire que de reproduire quelques règles extraites d'un vieux manuscrit de l'un des ancêtres de M. de Lachenal, chapitre des *Pareatis* :

« § 10. Quant aux lettres qui viennent des pays étrangers, elles ne peuvent être exécutées sans *pareatis*, cela étant défendu à tous exécuteurs [1].

« § 11. Il est défendu à tous juges subalternes de ce pays de prendre connaissance de tels *pareatis* pour l'exécution des lettres venant de pays étrangers, laquelle est réservée au seul sénat [2].

« § 12. Par ce mot de *pays étranger*, on entend parler de ce qui vient de dehors le ressort du sénat, quand même les lettres procéderaient d'un magistrat soumis au même prince, tel par exemple que le sénat de Turin [3].

« § 13. Le sénat n'accorde point ces *pareatis* pour l'exécution des lettres venant de pays étrangers sans ouïr le procureur général [4], surtout s'il s'agit d'extraire quelqu'un hors de son ressort, et, s'il est contredisant, sera fait droit sur ce par un préalable [5].

« § 14. Il n'accorde point la permission d'exécuter tels mandats qu'après avoir examiné s'il n'y a rien contre le droit du prince, de l'Etat et de l'intérêt public [6] ; comme aussi s'il n'y a rien qui déroge à sa juridiction [7] ; car s'il y a quelque chose de contraire au droit du prince ou du public, il refuse la dite permission, surtout s'il s'agit de faire aller plaider un sujet de son ressort par-devant un juge étranger, qui aurait dû être convenu en ce pays par-devant son juge naturel [8].

« § 15. Il n'examine pas régulièrement la cause au fond, ni si la sentence ou autre jugement que l'on veut exécuter est sainement rendue, ou non ; mais s'il lui conste visiblement que ce

1 Règlement civil, art. 365.

2 Règlement civil, art. 209. — Faber, *Def.* 2 Cod., *De execut. rei judicatæ.*

3 Papinien, *In synth. an*, liv. VII, tit. V, art. 1 et seq.—Faber, *Def.* 2, *De execut. rei judicatæ in verbo* TERRITORIUM.

4 Faber, *Def.* 12, *In all.*, nº 12.

5 Règlement civil, art. 209.

6 Faber, *Def.* 2 Cod., *De execut. rei judic.*

7 Faber, *Def.* 25 Cod., *eod.*

8 Faber, *Def.* 2 Cod., *De juris. omn. jud.*

juge étranger a mal, nullement, et incompétemment procédé, ou que la partie qui poursuit cette exécution est satisfaite ou qu'elle ait remis son action, il n'accorde pas la dite permission, du moins il la suspend jusques à ce que ledit magistrat étranger en ait connu de nouveau [1], sauf en après être pourveu pour l'exécution du nouveau jugement qui sera rendu en réparation du premier.

« § 16. Il n'accorde point régulièrement ladite permission, s'il n'en est prié spécialement, c'est-à-dire sans lettres rogatoires spéciales par lesquelles nommément il est prié de permettre ladite exécution [2], et telles lettres rogatoires doivent être émanées d'un magistrat souverain.

« § 17. Toutefois, bien qu'il soit prié de permettre l'exécution des lettres venant d'un juge étranger, outre qu'il doit sur ce ouïr le procureur général, il n'accorde pas néanmoins cette permission sans montrer par un préalable à partie intéressée et sans l'ouïr [3].

« § 18. S'il convient aussy de mettre à exécution rière un pays étranger, c'est-à-dire hors de ressort du sénat, quelques lettres dudit sénat, ou de quelque autre juge subalterne de son ressort, ledit sénat, auquel nécessairement il faut s'adresser pour cela, use de la même clause rogatoire envers la Cour, ou magistrat souverain dudit ressort étranger pour en obtenir la permission [4], offrant le cas pareil [5], et telles lettres rogatoires sont munies du sceau authentique du sénat [6] ; et il ne les adresse jamais à un juge subalterne, quand ce serait un président, mais seulement au magistrat souverain du lieu où l'exécution doit être faite [7]. »

Il était difficile de trouver un résumé plus clair, plus concis,

[1] Faber, *Def.* 1 Cod., *De execut. rei judic.*

[2] Faber, *Def.* 12, nº 9, Cod., *De execut. rei judic*

[3] Arrêt général du 30 mars 1624. — Faber, *Def.* 2, nº 8, et *Def.* 29, nº 7, *In all.*, Cod., *De execut. rei judic.*

[4] Faber, *Def.*, 38, Cod., *eod.*

[5] « Ex brocardico juris : *Quod quisque juris in alio statuerit, ipse eodem jure utatur.* »

[6] « Id est : sigillo regio cui tanquam notario vero credi solet et debet ubique terrarum. » — Faber, *Def.* 3, *In all.*, nº 5, Cod., *De sent. et interlocutariis.*

[7] « Superiorem enim non decet rogare inferiorem juxta illud. » — Id in l. 3, *De alien. judic., etc.*

des règles de cette matière. Nous reconnaissons l'origine de l'instance de délibation dans cet examen sommaire *velo non levato*, comme dit Ab. Ecclesia, auquel le sénat, avant d'accorder l'*exequatur*, devait se livrer, parties ouïes, s'il y avait lieu.

L'usage des lettres rogatoires adressées au sénat par les magistrats étrangers, et par le sénat aux magistrats étrangers, à titre de réciprocité, est indiqué avec tous ses caractères. — Ces lettres doivent émaner de magistrats souverains [1] ; elles doivent

[1] A la fin du dernier siècle ce principe donna lieu à un incident diplomatique, dont nous retrouvons les pièces dans le vaste Recueil de la maison de Savoie, compilé par Dubois. Les faits sont exposés dans une lettre adressée par le comte de Wiszech, le 9 avril 1791, au comte de Hauteville, régent de la secrétairerie d'Etat pour les affaires étrangères, à Turin. En voici la traduction :

« Le marquis de D. Paul et le comte Angel Serponti ayant obtenu deux sentences de nos tribunaux de première instance et d'appel contre les frères Pessina, sentences relatives à la liquidation de leur créance, ils se sont adressés au tribunal suprême de justice pour qu'il ordonnât l'expédition des lettres rogatoires (*lettere requisitoriali*) au royal sénat de Turin, afin de faire exécuter les susdites sentences avec la saisie des fonds situés dans les Etats sardes, qui sont les seuls biens des frères Pessina ; car autrement on ne pourrait tirer aucune utilité de la sentence qui ordonne la liquidation de leur créance.

« Quoique l'entente réciproque et les bons rapports entre le gouvernement autrichien et le gouvernement sarde, ainsi que la pratique uniforme et toujours observée par le sénat de Milan, puisse faire croire que, *même sans l'appui des lettres requises*, les sujets de notre Etat auraient été écoutés par votre royal sénat sur la *seule présentation* des susdites sentences, ou avec l'adhésion de notre suprême tribunal relativement à la demande faite et suivant les règlements en vigueur, cependant ce tribunal suprême chargea le royal tribunal de première instance de l'expédition des lettres rogatoires au royal sénat de Turin, afin qu'il soit donné exécution à ces jugements, suivant la manière prescrite.

« Loin cependant que le sénat ait accueilli les instances des frères Serponti, après les conclusions fiscales de votre avocat général, ces mêmes frères Serponti ont exposé à notre suprême tribunal qu'il leur avait été refusé, pour le moment, d'accéder à leur demande par un dire formel.

« Le motif, le fondement principal d'une telle exclusion ne peut être que le royal sénat de Turin refuse de recevoir expédition des lettres rogatoires de notre suprême tribunal *par l'intermédiaire de celui de première instance*, et cela d'après la maxime qui dit que le juge requérant doit être *égal* en grade *au juge requis*.

« Mais d'autre part, dans ses rapports, l'avocat général a remarqué que dans l'édit sur la juridiction publié en cette ville, le 11 février 1786, Sa Majesté confère au tribunal suprême la faculté d'examiner ou de faire exé-

promettre la réciprocité : il y a assimilation complète entre les formalités à remplir pour l'exécution des jugements étrangers et celles exigées pour l'exécution des jugements rendus dans le même Etat, mais par une autre juridiction. Les uns et les au-

cuter *dans nos Etats les jugements des tribunaux étrangers;* que, par conséquent, il n'appartient qu'à ce tribunal de délivrer les lettres rogatoires aux tribunaux suprêmes de l'étranger.

« Les difficultés soulevées étant très-préjudiciables, non-seulement aux frères Serponti, mais aussi à tout autre sujet du royaume autrichien, je ne puis, après les observations de notre tribunal suprême, me dispenser de vous adresser, monsieur (à V. S. Illma), pour qu'il lui plaise d'user de son autorité afin de faire disparaître totalement ces difficultés, d'autant plus qu'elles s'opposent aux usages établis par les traités.

« De même, dans l'ancien système, le sénat de Milan, à qui il appartenait également de faire exécuter les jugements étrangers, n'expédiait pas *directement* les lettres rogatoires aux tribunaux des autres Etats, ni même au royal sénat de Turin, mais il en chargeait le *royal capitaine de justice,* charge d'exécuter ses ordres, ou quelque autre magistrat nommé par le jugement; cela n'avait jamais rencontré le moindre obstacle auprès du royal sénat de Turin.

« Aujourd'hui, *le tribunal de première instance étant en cela substitué au royal capitaine de justice,* à qui le souverain a enlevé l'exercice de la juridiction civile, ce serait une innovation complète s'il fallait que le tribunal suprême délivrât lui-même directement les lettres rogatoires, et il ne pourrait le faire sans violer les prescriptions souveraines de Sa Majesté. D'ailleurs, le tribunal de première instance, s'adressant au royal sénat de Turin au nom de notre tribunal suprême, il ne semble pas qu'il y ait là aucune différence avec le système suivi jusqu'ici sans obstacle. Il ne paraît pas non plus que ce soit là offenser la suprême autorité, ni oublier les égards dus à votre royal sénat.

« A son tour, notre tribunal suprême *ne manquera pas de se prêter* à l'exécution, suivant le règlement actuel, de tout ce que votre royal sénat lui demandera *par l'intermédiaire* d'un juge qui soit *son légitime exécuteur.*

« Je me flatte, monsieur, que vous voudrez bien reconnaître la justice de la demande, et je vous prie d'user de votre autorité pour écarter à l'avenir toute difficulté de ce genre et entretenir l'harmonie et les bons rapports qui heureusement se conservent entre les deux Etats.

« Je suis, avec une considération distinguée, etc. »

On voit combien la susceptibilité des sénats pouvait faire naître de complications et amener de retards dans l'exécution des jugements.

Le sénat de Turin, par arrêt du 22 avril 1791, fit droit aux lettres rogatoires et accorda des lettres de citation contre les débiteurs poursuivis, en motivant ainsi sa décision :

« Comme le sénat sait maintenant que le suprême tribunal de justice de Milan n'a pas l'habitude et même ne peut pas, d'après les derniers règlements établis, délivrer aucunes lettres rogatoires, et que lui-même s'offre de

tres ne peuvent être exécutés sans l'*imploratio brachii*, nous dit Ab. Ecclesia.

Nous avons dans les mains des lettres rogatoires, en date du 16 mai 1600, qui se terminent par ces mots : « ... Donnons pouvoir, autorité et mandement spécial, en Cours qu'il conviendra, faire exécuter les présentes hors le ressort de notre charge ; à ce moyen prions et requérons tous magistrats et seigneurs, gouverneurs et autres justiciers de permettre l'exequution d'ycelles en ayde de droit rière leur charge, comme en cas semblable, voire plus grand, nous offrons leur aggréer et correspondre. »

La promesse de réciprocité était le caractère essentiel des lettres rogatoires ; et les sénats se montraient plus ou moins rigoureux suivant les rapports qu'ils avaient avec les Cours requérantes. C'est ainsi que de Ville (*Estat ou abrégé de la justice ecclésiastique et séculière du pays de Savoie*, 1674, part. 2, liv. III, chap. XVI) parle de la bonne intelligence dans laquelle étaient le sénat de Chambéry et le parlement de Grenoble, « qui use, dit-il, d'une réciprocité louable à notre égard. » Dans le document que nous venons de citer en note, nous remarquons que l'agent diplomatique autrichien dit que l'entente réciproque et les bons rapports entre le gouvernement autrichien et le gouvernement sarde, ainsi que la pratique uniforme et toujours observée par le sénat de Milan, pouvaient faire croire que, *même sans l'appui des lettres rogatoires*, les sujets autrichiens auraient été écoutés par le royal sénat *sur la seule présentation des susdites sentences*. On pourrait s'appuyer sur ce passage pour soutenir que les lettres rogatoires n'étaient pas obligatoires pour le sénat et qu'il aurait pu y renoncer.

Toutefois on ne saurait nier que c'était un usage constant. Les royales constitutions de 1729 sont formelles (part. VI, chap. I, tit. III, liv. II). « Le sénat prendra connaissance des matières de *pareatis* pour permettre de traduire quelques prisonniers dans

seconder toute demande de ce magistrat qui lui viendra par l'intermédiaire de quelque juge subalterne, nous n'avons plus de raison de nous opposer qu'en adhérant à ces lettres rogatoires le sénat accorde pour les fins suppliées des lettres de citation à comparaître sous le terme de quinze jours contre les nommés Pessina frères, pour qu'ils aient à s'expliquer sur ce qu'ils doivent. »

Plus tard le sénat ordonna l'exécution.

les pays étrangers, ou d'exécuter dans nos Etats quelque provision donnée dans les susdits pays étrangers, notre avocat général ou l'avocat général fiscal respectivement par un préalable sur ce ouïs, et *pourvu qu'on ait fait au sénat les réquisitions en forme à l'égard desquelles il observera les mêmes traitements que l'on pratique envers lui.* »

Les royales constitutions de 1770 contiennent la même disposition, comme nous l'avons vu ci-dessus, p. 444.

Nous pourrions également parler du traité de 1760, avec la France, où il est aussi question des lettres rogatoires ; mais nous nous en occuperons d'une manière spéciale à la fin de notre article.

La jurisprudence moderne des sénats et des Cours d'appel des Etats Sardes, attestée par M. de Lachenal lui-même, ne laisse aucun doute sur le maintien de cet usage ancien.

Est-il aboli, dans les Etats Sardes, par le Code de procédure de 1854, par celui de 1859?

A un point de vue général, faut-il désirer l'abolition de cet usage dans les divers Etats?

Le traité de 1760, entre la France et les Etats Sardes, n'exige-t-il pas l'emploi des lettres rogatoires?

Telles sont les questions que nous voulons effleurer.

Nous ne pouvons reproduire, avec tout leur développement, les arguments invoqués par M. de Lachenal, M. Pognient et M. de Gioannis; nos lecteurs devront recourir à leurs brochures, et ils les préféreront à notre prose ; nous nous contenterons d'une analyse succincte, puis nous examinerons la question à notre point de vue personnel.

Les honorables savants que nous venons de nommer ont écrit sous l'empire du Code de procédure de 1854, ne l'oublions pas.

Le premier argument est fondé sur les textes, sur l'absence de texte, devrions-nous peut-être dire. L'article 662 du Code de 1854 (ci-dessus, p. 444) règle l'exécution des jugements et actes étrangers; il ne fait aucune mention des lettres rogatoires. Or, il est destiné à remplacer l'article des royales constitutions relatif au même objet, et où les lettres rogatoires sont expressément exigées. Ce silence du législateur, en présence des royales constitutions parfaitement connues de lui, ne prouve-t-il pas qu'il n'a pas voulu faire des lettres rogatoires une obligation? Une forma-

lité de procédure ne se supplée pas, et, d'un autre côté, le Code abolit expressément toutes les lois et usages anciens sur la procédure.

Cet argument est développé fort heureusement par M. de Gioannis; il s'appuie sur la nature des lois de procédure, qui sont des lois de forme (*leggi di rito, di forma*), et la forme est de rigueur (*la forma è di rigore*).

L'article 662 fait naître un autre argument : les lettres rogatoires ne sont pas exigées pour l'exécution des actes étrangers; pourquoi les exiger pour les jugements qui sont placés sur la même ligne par l'article 662, à cette différence près, que les jugements sont rendus exécutoires par les cours d'appel, et les actes par les tribunaux de province. M. de Gioannis ajoute que les jugements ne sont que la conséquence des contrats, et qu'ils sont engendrés par l'accord des parties, ce qui rend l'assimilation des jugements aux actes encore plus complète. Le Code de procédure n'exige pas les lettres rogatoires, et les causes qui en avaient fait introduire l'usage ont disparu. Elles étaient utiles au milieu de ces juridictions si diverses, jalouses de leurs prérogatives, et qui avaient besoin de les faire respecter. Aujourd'hui, toutes les juridictions sont établies d'une manière régulière; elles ont toutes une même source, le pouvoir souverain; leurs décisions sont exécutoires dans tout le territoire sur lequel s'étend ce pouvoir, ce qui a entraîné la suppression des *pareatis* à l'intérieur; et quant au principe que les jugements et actes étrangers doivent être revêtus de la formule exécutoire par le souverain du pays où on veut les exécuter, il est proclamé et reconnu par tous; il n'a pas besoin, pour être consacré, de l'inutile formalité des lettres rogatoires.

Les lettres rogatoires contenaient non-seulement la prière de permettre l'exécution, mais encore la promesse de réciprocité. C'est en vue de cette promesse qu'elles étaient exigées, parce qu'elles formaient un titre pour les Cours souveraines qui les recevaient. Or, l'article 662 garde le silence sur ce système de réciprocité; il n'en fait pas une condition de l'exécution des jugements étrangers; dès lors, l'inutilité des lettres rogatoires est de nouveau démontrée.

Elles pouvaient avoir quelque utilité pour l'authenticité des jugements; mais aujourd'hui, les relations internationales don-

nent les moyens les plus efficaces pour faire constater l'authenticité des actes. A ce point de vue encore, les lettres rogatoires sont inutiles.

Que sont-elles, en définitive? Un acte d'urbanité ou plutôt une procédure coûteuse, et n'aboutissant à aucun résultat. Il faut rendre les rapports internationaux plus faciles, au lieu de les entraver par des formalités qui n'ont plus de raison d'être. Nous savons ce que dit à cet égard M. de Sclopis. (Voir ci-dessus, p. 445.)

La réquisition implicite d'exécution, dit enfin M. de Lachenal, ne résulte-t-elle pas de tout jugement? Les juges sont institués pour déclarer et ordonner, non pour *inviter* et *prier*.

Tel est, en substance, le système dont nous devons apprécier la valeur.

Plaçons-nous d'abord à un point de vue général, en dehors des textes des lois sardes.

Les lettres rogatoires étaient autrefois d'un usage général, à l'intérieur et à l'extérieur. Elles sont aujourd'hui employées dans un grand nombre d'Etats; dans les Etats Sardes, la jurisprudence les exige encore, en proclame la nécessité.

C'est là un fait considérable, qui doit avoir une cause et dont il faut tenir compte.

On a dit que, dans l'ancien droit, les lettres rogatoires à l'intérieur étaient assimilées à celles employées à l'extérieur. Cela est vrai, les documents que nous avons rapportés le prouvent; mais faut-il en tirer cette conséquence que leur abolition à l'intérieur doit entraîner leur abolition à l'extérieur? Nous ne le pensons pas. Les *pareatis* à l'intérieur n'avaient plus de raison d'être quand il a été reconnu, en principe, que toute justice émanait du souverain, que toutes les juridictions remontaient jusqu'à lui et avaient ainsi une source unique; avec les *pareatis* ont disparu les lettres rogatoires, qui n'étaient qu'une formalité de cette procédure.

Mais qui demanderait la suppression des *pareatis* à l'extérieur? Il n'y a donc pas d'assimilation possible, et l'induction croule par sa base.

En dehors de cette induction, il peut y avoir des motifs très-sérieux d'abolir les lettres rogatoires comme formalité de la procédure en obtention d'*exequatur* à l'étranger. La nécessité de

demander l'*exequatur* est un principe de droit public qu'on ne saurait contester, mais la forme de la demande peut varier suivant les temps. Or, les lettres rogatoires ont-elles encore une raison d'être, n'apportent-elles pas des entraves dans les rapports internationaux? Compliquent-elles inutilement la procédure de l'*exequatur?* Ne pourrait-on trouver un mode de procéder moins coûteux, plus rapide, dès lors plus en harmonie avec les aspirations de notre époque, et qui, en même temps, offrirait autant de garantie? Recherchons-le sans parti pris.

Nous devons, de prime abord, reconnaître que puisque l'usage des lettres rogatoires est si répandu, puisqu'il est consacré par tant de législations, les inconvénients qu'on leur reproche ne sont peut-être pas si grands.

D'un autre côté, il est non moins certain que les lettres rogatoires n'ont pas la même utilité qu'à leur origine.

On ne craignait pas alors de multiplier les formalités pour faire consacrer les prérogatives des nombreuses juridictions, dérivant de sources si différentes, qui existaient dans tous les pays, — et cela était même nécessaire. Aujourd'hui, les prérogatives des corps judiciaires nationaux et étrangers n'ont pas besoin de vaines formules pour être respectées.

En outre, les Cours souveraines, comme le dit avec beaucoup de raison M. de Lachenal, traitaient de puissance à puissance pour tout ce qui concernait le fait de justice; elles réglaient directement leurs rapports entre elles, et, par les lettres rogatoires, se promettaient la réciprocité des *bons traitements* que l'une avait pour l'autre. Aujourd'hui, les corps judiciaires ont perdu et avec raison les pouvoirs qu'ils avaient autrefois, et les rapports internationaux tant judiciaires qu'administratifs sont réglés par les souverains.

A ces deux points de vue les lettres rogatoires n'ont donc plus aucune utilité.

N'en ont-elles pas quelque autre?

Elles sont un acte de déférence de la souveraineté étrangère, par l'organe des corps judiciaires, à l'égard de la souveraineté nationale.

Est-ce un mal? Evidemment non, on ne peut même dire que c'est là une chose complétement inutile. Les rapports de nation à nation ont plus d'un point de ressemblance avec ceux d'indi-

vidu à individu, et dans les uns et les autres les égards réciproques ne sauraient être considérés comme inutiles.

Toutefois, ce ne serait pas un motif suffisant pour créer une formalité qui entraverait la marche de la procédure de l'*exequatur*.

Les lettres rogatoires ont un autre avantage qui ne leur est pas dénié : elles servent à constater l'authenticité des jugements ; M. le président Pinelli ajoute qu'elles constatent l'*actualité du droit*. Cela nous paraît contestable, car la Cour qui délivre les lettres rogatoires ne peut toujours savoir si les condamnations n'ont pas été exécutées, les deux parties ne comparaissant pas devant elles.

Il est vrai que l'authenticité des jugements et arrêts pourrait être constatée par d'autres moyens, mais seraient-ils préférables? Quels inconvénients reproche-t-on aux lettres rogatoires?

Cette formalité est coûteuse, elle entraîne des lenteurs. Ce sont des reproches assez sérieux; sont-ils bien justes?

M. Féraud-Giraud répond au premier reproche que ce qui est coûteux en cette matière ce n'est pas la formalité des lettres rogatoires, mais les droits qu'il faut payer à l'étranger.

Un mal ne corrige pas l'autre. Les frais des lettres rogatoires en France s'élèvent à 92 fr. 55 c. Une simple légalisation serait moins coûteuse, sans nul doute, mais il n'y a rien d'exorbitant.

Quant aux lenteurs de la procédure, le reproche n'est peut-être pas très-mérité ; en huit jours on est certain d'avoir les lettres rogatoires ; on peut les obtenir en moins de temps. Une simple légalisation est, il est vrai, une formalité plus rapide.

C'est à ces termes que la discussion est ramenée, et l'on voit qu'elle perd de son importance ; on voit maintenant pourquoi tant de législations ont conservé les lettres rogatoires.

Les lettres rogatoires sont devenues une simple formalité servant à constater l'authenticité des jugements et des arrêts. Nous comprenons qu'à ce titre on ne les supprime pas, sauf à examiner si le tarif n'est pas trop élevé, si elles ne pourraient être expédiées avec plus de rapidité.

Elles pourraient être remplacées également par une formalité moins coûteuse, plus rapide, et qui offrirait les mêmes garanties. Ainsi, par exemple, au lieu de nous contenter, comme

M. de Lachenal, de la réquisition implicite d'exécution qui se trouve dans toute décision judiciaire, nous voudrions que, prévoyant le cas d'exécution à l'étranger, on ajoutât quelques mots à la formule exécutoire. Ensuite, pour établir l'authenticité des actes, et, autant que possible, *l'actualité du droit*, les pièces seraient revêtues des légalisations ordinaires ; la décision à exécuter serait spécialement visée par le greffier et le président du tribunal ou de la Cour qui l'a rendue.

C'est à ce moment que nous devons examiner les textes des Codes de procédure sardes publiés en 1854 et 1859.

D'après l'article 662 du Code de 1854, une véritable instance est organisée ; cette instance est sommaire, mais les parties y sont appelées. C'est une garantie pour l'authenticité des actes et l'actualité du droit, qui rend inutiles les lettres rogatoires. Le non-regnicole n'avait pas besoin d'être appelé d'après le Code de 1854 ; mais le Code de 1859 ne fait aucune distinction. Dès lors l'utilité des lettres rogatoires disparaît complétement. On pourra les employer, mais nulle part la loi n'en fait une obligation, et telle est probablement la cause de son silence. Elle ne les a pas abolies, elle ne les a pas exigées. Cette interprétation a surtout de la force, en présence des dispositions si détaillées du nouveau Code relativement à l'exécution des jugements et actes étrangers.

Cet argument nous entraîne à adopter la doctrine de M. de Lachenal, et à reconnaître avec lui que la formalité des lettres rogatoires est complétement inutile dans les Etats Sardes.

Reste une dernière question, celle qui naît du traité du 24 mars 1760 entre la France et les Etats Sardes.

L'article 22 est ainsi conçu : « Il est convenu que pour favoriser l'exécution réciproque des décrets et jugements, les Cours suprêmes déféreront de part et d'autre, à la forme du droit, aux réquisitions qui leur seront adressées, même sous le nom desdites Cours. »

M. de Lachenal, après quelque hésitation, a soutenu que cet article ne rendait pas obligatoire, mais seulement facultatif, l'emploi des lettres rogatoires.

Cette doctrine est repoussée par la pratique et la jurisprudence constante des Cours de France et des Etats Sardes. La preuve en résulte des nombreux arrêts cités par M. Féraud-Giraud ; M. de

Lachenal reconnaît que la jurisprudence des Etats Sardes lui est contraire : à Grenoble, nous voyons la Cour délivrer des lettres rogatoires, et exiger que ce préalable soit rempli avant d'admettre une requête en ordonnance d'*exequatur*.

Cette interprétation du traité par l'usage nous paraît conforme à son texte.

M. de Lachenal relève ces expressions : *même sous le nom desdites Cours*, et dit que les réquisitions peuvent être adressées directement, puisque ce traité dit qu'elles peuvent l'être *même* sous le nom des Cours, et non pas *seulement* sous le nom des Cours. Ce sens nous paraît forcé et nous préférons y voir celui-ci, comme M. Féraud-Giraud : *les réquisitions seront adressées sous le nom des Cours elles-mêmes ; elles devront être adressées même sous le nom des Cours.*

Mais si les lettres rogatoires peuvent, en vertu de ce traité, être exigées des Cours sardes par les Cours de France, et réciproquement, il ne s'ensuit pas que les Cours, à qui elles doivent être adressées, ne puissent renoncer à les exiger. On peut toujours renoncer à son droit. Qu'importe aux Cours de France qu'on ne leur demande plus de lettres rogatoires ; on les décharge d'une obligation, on ne les prive pas d'un droit. Dès lors, la loi sarde a pu renoncer au bénéfice du traité de 1760, et elle y a renoncé le jour où elle a, d'une manière générale, déclaré les lettres rogatoires inutiles, non obligatoires et leur usage purement facultatif. Or, nous venons de reconnaître avec M. de Lachenal que telle est l'interprétation qu'il faut donner aux nouveaux textes des lois sardes ; par conséquent, les Cours sardes ne pourront exiger que les parties, avant de demander l'exécution des décisions françaises, leur présentent des lettres rogatoires émanées des Cours de France ; mais les Cours de France auront le droit d'exiger que les Cours sardes leur adressent des lettres rogatoires en vertu du traité de 1760.

L.-A. Eyssautier,
Docteur en droit, avocat à la Cour de Grenoble.

PROJET DE CODE DE COMMERCE ALLEMAND.

(Der Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuchs.)

La législation commerciale est, de toutes les parties du droit allemand, celle qui se prête le mieux à la codification. Les réformes dont elle est susceptible ne touchant ni à l'organisation de la famille ni à la constitution politique, on ne peut leur adresser le reproche de briser les traditions nationales et de faire violence à la conscience des peuples ; elles ne sauraient non plus inquiéter les princes de la Confédération.

L'unité de la législation commerciale est d'ailleurs devenue une chose indispensable. Il ne suffit pas à l'Allemagne d'avoir supprimé les douanes intérieures, d'avoir sillonné son sol de chemins de fer; la facilité et la nécessité des transactions exigent impérieusement la promulgation d'un Code de commerce qui régisse tous les Etats de la Confédération. Si cette réforme n'est pas encore réalisée, cela tient plutôt à des difficultés d'exécution qu'à une opposition sérieuse au principe même de la codification.

Le projet de Code qui occupe l'Allemagne depuis quatre ans n'est pas le premier qui ait été présenté. En 1848, le parlement de Francfort, qui voulait donner à l'Allemagne l'unité législative en même temps que l'unité politique, avait chargé une commission de rédiger un Code de commerce pour le nouvel empire germanique. Mais ce projet disparut avec l'assemblée qui l'avait conçu. Il ne reste des travaux législatifs du parlement allemand que l'*Ordonnance sur les lettres de change* (*Deutsche Wechselordnung*) [1].

La Bavière a pris l'initiative du projet actuel. Le 21 février 1856, cette puissance proposa à la diète de Francfort de confier la rédaction d'un projet de Code de commerce à une commission composée de jurisconsultes et de commerçants choisis par les

[1] Cette ordonnance avait été promulguée *comme loi de l'empire*, le 27 octobre 1848. Après la dissolution du parlement et le rétablissement de la diète, elle fut promulguée *comme loi particulière* par chacun des souverains de la Confédération.

différents Etats de la Confédération. Cette proposition fut favorablement accueillie [1]; mais l'exécution en fut provisoirement ajournée, à la prière de la Prusse. Cette puissance ayant annoncé qu'elle avait entrepris depuis plusieurs années de codifier sa législation commerciale, la diète pensa que le projet élaboré à Berlin pourrait servir de base aux travaux de la commission qu'elle se proposait de réunir. La Prusse fut donc invitée à continuer ses travaux; elle les activa si bien qu'au mois de novembre de la même année elle put annoncer à la diète qu'elle était prête à lui communiquer le projet du nouveau Code.

Il ne restait plus qu'à déterminer le lieu et l'époque où la commission se réunirait.

Les députés des rois de Saxe et de Wurtemberg opinaient pour Francfort; mais la Prusse demanda que la commission ne se réunît pas au siége de la Confédération germanique. Il importait en effet de soustraire les commissaires à toute influence politique et de les obliger à correspondre directement avec leurs gouvernements, sans passer par l'intermédiaire de la diplomatie. La diète suivit l'avis de la Prusse; elle décida que la commission siégerait à Nuremberg et qu'elle se transporterait à Hambourg pour rédiger la partie du Code de commerce qui doit régir le commerce maritime.

Les députés de la diète échangèrent ensuite quelques explications sur la promulgation du nouveau Code dans les différents Etats. Il fut bien entendu que les princes de la Confédération ne s'engageaient en aucune manière à adopter le projet arrêté par la commission, et que, même après l'avoir promulgué, chacun d'eux resterait libre de le modifier comme il l'entendrait.

La diète ne pouvait en effet usurper le pouvoir législatif que chacun de ses membres exerce dans ses Etats. C'est là un inconvénient inhérent à la constitution fédérale; mais il y a lieu de penser que les princes n'hésiteront pas à promulguer le nouveau Code, puisqu'ils ont adopté, il y a quelques années, l'ordonnance sur les lettres de change qui émanait du parlement de 1848.

[1] Le député du roi de Hollande déclara que son souverain s'associait à la proposition de la Bavière, en ce qui concernait le grand-duché de Luxembourg, mais que la position géographique du duché de Limbourg ne permettait pas de donner à cette province des lois commerciales différentes de celles de la Hollande.

La commission ouvrit ses séances à Nuremberg, le 15 janvier 1857, sous la présidence de M. de Ringelsmann, ministre d'Etat du roi de Bavière. Elle se composait des commissaires envoyés par l'Autriche, la Prusse, la Bavière, le royaume de Saxe, le Hanovre, le Wurtemberg, le grand-duché de Bade, les duchés de Saxe, le Mecklembourg-Schwérin, et les villes libres de Lubeck, Hambourg et Francfort-sur-le-Mein. Depuis lors quelques autres Etats de la Confédération s'y sont fait représenter : ce sont le Nassau, l'Anhalt-Dessau, la ville libre de Brême, la Hesse Electorale, la Hesse-Darmstadt et l'Oldembourg. Le nombre des commissaires a été porté à vingt-cinq, dont quinze jurisconsultes et dix commerçants.

La commission a décidé que le projet présenté par la Prusse servirait de base à ses travaux : toutefois, elle s'est engagée, par déférence pour l'Autriche, à consulter un autre projet que cette puissance lui a soumis.

Le projet prussien comprenait six livres : cette division a été maintenue. Toutefois, la commission a divisé en deux le second livre qui traitait des sociétés. Le nouveau Code en contiendra donc sept. Le premier est intitulé *vom Handelsstande* (de la profession de commerçant); le deuxième, *von den Handelsgesellschaften* (des Sociétés de commerce); le troisième, *von der stillen Gesellschaft und von der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung* (de la société occulte et de l'association pour faire des actes de commerce pour compte commun); le cinquième, *vom Seehandel* (du commerce maritime); le sixième, *vom kaufmännischen Concurse* (de la faillite); le septième, *von der Gerichtsbarkeit in Handelssachen* (de la juridiction commerciale).

La commission de Nuremberg a consacré la moitié de l'année 1857 à l'examen des quatre premiers livres. Puis, après avoir invité les différents Etats à faire leurs observations sur cette première rédaction, elle a passé à une seconde délibération, qui a duré depuis le mois de septembre 1857 jusqu'au mois de février 1858.

A la suite de cette révision, le projet a été livré à la publicité. Il importait à la commission de permettre aux jurisconsultes et aux commerçants de manifester leurs appréciations et leurs critiques avant d'arrêter la rédaction définitive. En attendant, elle

s'est transportée à Hambourg pour s'occuper de la première délibération du cinquième livre qui traite du commerce maritime.

Ce dernier travail est terminé depuis le 20 août 1860. La commission va reprendre ses séances à Nuremberg au mois de septembre et arrêter le projet définitif des quatre premiers livres. On espère que la délibération ne se prolongera pas et qu'avant peu cette partie du Code pourra être promulguée.

Il n'est pas inutile toutefois de rappeler que les membres de la Confédération ne se sont pas engagés à adopter le projet de la commission, et que la plupart d'entre eux, étant des souverains constitutionnels, ne pourront promulguer le nouveau Code qu'avec l'assentiment des Chambres législatives.

Il est à espérer que les longues discussions auxquelles la commission a dû se livrer ne se renouvelleront pas dans la législature de chaque Etat. Autrement la grande œuvre de codification, dont la solution est si vivement désirée, subirait de nouveaux retards. Elle risquerait même d'échouer complétement ; car la discussion amènerait des amendements qui détruiraient l'unité qu'on s'est proposé de réaliser dans la législation commerciale de l'Allemagne. Aussi les hommes les plus libéraux de ce pays sont-ils d'avis que les Chambres législatives feront bien d'abdiquer dans cette circonstance leurs prérogatives constitutionnelles, et d'adopter purement et simplement le projet élaboré par la commission.

Ce projet respecte d'ailleurs la législation locale dans une mesure suffisante. Ainsi, après avoir posé le principe que l'autorisation du gouvernement est nécessaire pour constituer une société par actions (soit anonyme, soit même en commandite), il réserve à la législature locale la faculté de modifier ce principe. Les villes anséatiques pourront donc, tout en adoptant le nouveau Code, maintenir la faculté de constituer ce genre de société sans demander l'approbation du gouvernement.

Nous donnerons l'analyse des quatre premiers livres dès que la rédaction définitive en sera connue, en nous éclairant des savants travaux que les jurisconsultes allemands ont publiés depuis deux ans sur cette grave question [1]. Nous essayerons en même

[1] Nous avons surtout remarqué les quatre articles publiés par M. An-

temps d'établir un parallèle entre le Code de commerce français et celui qui va régir l'Allemagne.

RAUTER,
Docteur en droit.

schütz dans la *Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, publiée à Munich, par MM. Aendts, Bluntschli et Pözl, volume VI, 2e livraison, p. 238; et dans la *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, publiée dans la même ville, par M. Pözl, volume I, 1re livraison, p. 1, et 2e livraison, p. 162, et volume II, 1re livraison, p. 59.

PRIVILÉGES DES ÉTUDIANTS DE PARIS

AU QUATORZIÈME SIÈCLE.

On sait qu'en Allemagne les étudiants jouissent du privilége de n'être jugés que par leurs maîtres. L'Université a sa police particulière, sa prison (*carcer*) et son geôlier, le *pedell*, l'ancien *bedellus*. Ce privilége des étudiants allemands est un reste de l'ancienne liberté qui jadis appartenait aux universités du continent; les lois et coutumes des Académies allemandes ne sont qu'une copie des droits de l'Université de Paris. Louis XIV a détruit en France cette juridiction bienveillante et libérale; l'Allemagne n'a rien changé. Une université germanique nous reporte à cinq siècles en arrière, et nous montre ce qu'était l'ancien Paris des étudiants, le Paris de la montagne Sainte-Geneviève, celui où venaient étudier saint Thomas et Dante; celui qui réunissait sur ses bancs toutes les nations du continent.

Au sujet de ces anciens priviléges, voici un acte curieux qui m'est tombé sous la main. Quoiqu'il soit imprimé dans l'*Histoire de l'Université* de Bulæus (t. IV, p. 72), peu de gens iront le chercher dans ce volumineux recueil, et je crois qu'on ne sera pas fâché de le trouver ici.

En l'année 1304, il s'éleva une violente querelle entre l'Université (j'entends par là les étudiants aussi bien que les professeurs) et le prévôt de Paris, qui, par le devoir de sa charge, était le gardien des priviléges académiques. Un étudiant, que je n'entends pas défendre, Philippe Le Barbier, de la nation de Normandie, fut surpris en quelque méfait et arraché de l'église de Saint-Martin, où il s'était réfugié. L'Université en appela aussitôt; mais Pierre Le Jumiaulx, c'était le nom du prévôt, ne tint aucun compte de l'appel, et, pour narguer l'Université, et peut-être aussi pour faire justice, il fit pendre et étrangler l'étudiant, au mépris de tous les priviléges académiques.

Ce fut pour l'Université un deuil profond; et, comme elle ressentait vivement l'injure, elle ordonna aussitôt qu'on fermât toutes les écoles, et résolut de s'adresser au roi pour obtenir vengeance du prévôt. On sait que l'Université s'intitulait *la fille aînée de nos rois*, et qu'en toute circonstance la royauté l'avait fis De son côté, l'Eglise de Paris, qui se sentait personnellement offensée, et qui d'ailleurs considérait l'Université

comme étant sous sa protection, ne voulut pas rester en arrière. Le siége de Paris était vacant, mais l'official, c'est-à-dire le ministère public, n'attendit pas ce que déciderait le roi, et voici la lettre singulière qu'il adressa à tous les curés de Paris; lettre que l'Université conservait avec soin dans ses archives. C'est là que du Boulay l'a copiée.

« Officialis curiæ Parisiensis sede vacante : Omnibus Archi-
« presbyteris, Presbyteris, Curatis, Capellanis, cæterisque ec-
« clesiarum Rectoribus, ad quos præsentes litteræ pervenerint,
« salutem in Domino. Vobis et vestrum cuilibet, in virtute
« s. obedientiæ et sub pœna suspensionis et excommunicationis
« quas in vos ferimus, nisi feceritis quod mandamus, quod die
« crastina, circa horam Primæ, Dei servitium compleatis, et
« quod hora Tertiæ precise ad ecclesiam B. Bartholomei Pari-
« siensis processionaliter accedentes una cum plebibus vestris,
« cruce et aqua benedicta et stolis, et exinde ad domum in qua
« præpositus moratur aut morari consuevit, una cum omnibus
« vos sequentibus accedatis contra domum dicti præpositi lapides
« projiciendo, dicentes et clamantes : *Recede, recede, maledicte*
« *Sathana, recognosce nequitiam tuam, dans honorem S. Martini*
« *ecclesiæ quam quantum in te est, dehonestasti, ac etiam in suis*
« *libertatibus vulnerasti : alioquin cum Dathan et Abiron quos*
« *terra vivos absorbuit, accipias portionem.* Datum anno Do-
« mini 1304, die lunæ ante nativitatem B. Mariæ Virginis. »

Cette terrible procession et la fermeture des écoles émurent le roi. Le prévôt, qui peut-être n'avait pas tout à fait tort, fut condamné à expier son crime. Il lui fut ordonné de rendre à l'Université le corps de l'étudiant, pour qu'on l'enterrât de façon chrétienne; et en outre, pour que l'expiation fût complète, Pierre Le Jumiaulx fut condamné à prendre en ses bras et à embrasser (*amplecti et osculari*) le cadavre. On voit que Philippe le Bel n'entendait pas qu'on touchât à l'honneur de sa fille aînée.

Il y a du charme en ces anciens souvenirs. On aime à voir nos princes protéger les études et les étudiants, en un temps où la force avait le premier rang. La royauté avait déjà compris qu'il lui fallait s'appuyer sur l'opinion pour briser la féodalité; c'est pourquoi elle favorisait l'Université. On sait que parmi ces étudiants les légistes ne furent pas des ingrats : ce furent d'anciens élèves de l'Université de Paris qui firent triompher les prétentions de nos rois contre les barons aussi bien que contre Rome. Il y a là tout un côté de notre histoire qu'il serait bon de remettre au jour.

E. L.

BIBLIOGRAPHIE.

Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, envisagées au point de vue du droit romain, de l'ancienne jurisprudence de la France et du Code Napoléon, par M. ARMAND BONNET, conseiller à la Cour impériale de Poitiers. — 3 vol. in-8, 22 fr.; Paris, Durand, 1860.

Ainsi que le titre l'indique, cet ouvrage forme le commentaire des articles 1081 à 1100 du Code Napoléon. Il se divise en trois parties : donations faites par contrat de mariage et provenant soit des tiers, soit des futurs époux; donations entre époux pendant le mariage; quotité disponible entre époux.

On sait que cette partie du droit civil prête plus que toute autre aux recherches historiques. M. Bonnet ne l'a pas oublié, et l'histoire tient une large place dans son livre. Ce n'est pas qu'on y trouve beaucoup de recherches nouvelles, mais sur un terrain qui a été depuis longtemps labouré en tous sens, il est difficile de creuser un nouveau sillon. L'auteur paraît avoir étudié toutes les publications qui ont été faites sur cette matière, et il expose fort en détail tous les résultats que l'on considère aujourd'hui comme acquis à la science. En somme, c'est un bon livre sur un sujet intéressant.

Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, par M. GENTY, juge au tribunal civil de Mostaganem (Algérie). — 1 vol. in-8, 6 fr.; Paris, Durand.

Nous n'avons qu'un mot à dire de cet ouvrage. Il appartient à l'ancienne école et se renferme dans l'exégèse et l'analyse logique des articles du Code Napoléon. Quel que soit le mérite d'un livre de ce genre, nous regrettons que l'auteur n'ait pas cru devoir parler de l'origine des institutions dont il traite. Par exemple, le chapitre de l'usufruit légal, qui appartient aux père et mère sur les biens de leurs enfants, méritait assurément une introduction historique, si brève qu'elle fût. Nous le regrettons d'autant plus que l'auteur écrit avec netteté et précision, et qu'il aurait suffi de quelques pages de plus pour faire un livre complet.

Introduzione ai principi delle umane società, del barone VITO D'ONDES REGGIO. — Gênes, Beuf, 1857 ; Paris, Durand, in-8°, 8 fr.

Les bons livres de science sociale sont aujourd'hui si rares sur l'horizon, qu'on ne saurait faire à ceux qui paraissent un trop bienveillant accueil. Il est seulement à regretter qu'ils naissent si loin de nous, et qu'au lieu de l'attention qu'on leur témoigne encore en Italie, ils ne trouvent guère en France que de l'indifférence ou du scepticisme. On pense bien que notre conduite à cet égard n'est pas facile à justifier. Faut-il en effet ne plus croire à la politique ni à la médecine, parce que des politiques et des médecins auront failli tuer leurs malades ? Faut-il ne plus écouter personne, parce que trop souvent nous n'avons écouté que des charlatans ? Tout cela prouve donc que nous raisonnons assez mal; mais cela prouve aussi, par malheur, que les vérités en politique comme en médecine ne sont pas des plus claires, des mieux connues, ni des mieux enseignées. On s'est demandé depuis quelque temps si, dans la science politique, l'on ne devrait pas enfin faire pénétrer beaucoup plus avant cette méthode de Bacon, qui, dans les sciences physiques et naturelles, a fait si vite tant de merveilles, puisque l'on commence à tenir pour juste aussi dans l'ordre moral ce principe fondamental de tout raisonnement inductif, que par la constance des lois qui gouvernent le monde les mêmes causes y produisent des effets semblables. Il est vrai que depuis plusieurs années, dans cette voie lente de l'observation et de l'induction, marchent déjà des esprits d'élite, que de telles découvertes savent récompenser de toutes leurs fatigues; mais, en réalité, ils s'y trouvent seuls et sont peu suivis. Ainsi donc, l'observation attentive des faits, l'étude de l'histoire en un mot, puis l'induction et le raisonnement, qui des phénomènes nous font monter aux lois générales, voilà d où sortira une connaissance exacte de la politique; voilà cette méthode qui doit nous faire passer du chaos des rêves à la lumière de la vérité, et dont l'on peut dire même qu'on sent déjà la bienfaisante influence dans les derniers écrits sur la science sociale, et entre autres dans l'ouvrage de M. d'Ondes Reggio.

En effet, bien que l'auteur procède avant tout par déduction, l'on sent que les principes généraux qu'il pose tout d'abord sont

tirés d'une étude silencieuse des phénomènes de l'histoire, et qu'en somme il ne croit pas, comme des penseurs d'autrefois, qu'on puisse connaître et interpréter la nature des sociétés, sans les regarder ni les observer. Egalité des droits de tous les hommes, liberté, famille, propriété, justice et religion, tous les grands principes de l'ordre social, il les établit avec force, il les défend avec talent, montrant tour à tour un raisonnement des plus fermes et une solide érudition.

L'auteur est un philosophe qui ne craint pas d'aller chercher les principes à leur source même ; aussi a-t-il commencé par se demander quel était le principe de la justice : est-ce l'utile, ou le devoir ? Cette éternelle question, nous sommes heureux qu'il ne l'ait pas négligée, car elle a donné lieu, entre M. de Cavour et lui, à une discussion qui est des plus honorables pour tous deux et des plus intéressantes pour tout le monde. M. de Cavour soutient Kant ; M. d'Ondes Reggio est un utilitaire. L'*utile*, voilà donc pour lui le principe suprême de la morale ; mais quand on apprend que l'*utile* ici c'est le dévouement, l'amour du prochain, l'héroïsme de la charité, toutes les vertus en un mot, on trouve d'abord qu'il ne faut pas juger les mots sur l'apparence, et ensuite que cette définition fait le plus grand honneur à l'auteur. Ce n'est donc pas l'utile de Bentham, c'est celui de Leibnitz, l'*utilitas omnicomprehensiva*. L'opinion de M. d'Ondes Reggio est du reste presque générale en Italie ; mais est-elle vraie et, par exemple, quand de braves soldats marchent sans hésiter à une mort obscure, a-t-on droit d'assurer que ce n'est pas le sentiment du devoir mais un plaisir moral qui les conduit ? M. de Cavour n'aurait-il pas raison, quand il croit qu'on ne peut posséder une véritable idée du devoir sans le rattacher à un principe objectif et absolu ; que cette maxime antique : *Fiat justitia et pereat mundus*, est fort belle, en dépit des utilitaires, et qu'on devra distinguer toujours, comme l'ont toujours fait le bon sens et les langues humaines : *l'agréable*, *l'utile* et *l'honnête*.

Nous ne pouvons, dans les grandes questions de la politique, accompagner plus loin M. d'Ondes Reggio : nous le regrettons sincèrement, car il est difficile d'y trouver un meilleur guide, notamment dans la première et la seconde partie de son livre, où il examine les formes différentes des gouvernements. Cet im-

portant travail n'est cependant, aux yeux de l'auteur, qu'une introduction à son commentaire de la constitution piémontaise; et il n'est pas sans mérite aujourd'hui d'avoir ainsi compris que sans ces hautes méditations sur la science pure, l'on ne peut bien comprendre et bien analyser les constitutions politiques, comme avant d'en arriver au droit civil l'on ne peut se passer d'étudier tout d'abord le droit naturel. L'*Introduction aux principes des sociétés humaines* est donc un ouvrage solide, où le calme et la modération dans les idées s'unit toujours à la force, où l'on sent enfin le souffle d'un honnête homme, qui n'a jamais pris souci, comme il a droit de l'affirmer lui-même, d'aucun mépris ni d'aucunes faveurs, que cela vienne d'en bas ou d'en haut : cette dernière qualité n'est pas chose en vérité moins rare et moins digne d'éloges qu'un bon livre de science politique.

HENRI CAZALIS.

De la liberté de l'histoire, par M. AMÉDÉE LEFÈVRE-PONTALIS, avocat à la Cour de Paris. — Ch. Douniol, in-8, 2 fr.

Sous ce titre : *De la liberté de l'histoire,* M. Amédée Lefèvre-Pontalis vient de faire paraître une brochure qui mérite d'appeler l'attention des jurisconsultes et des historiens. Il est inutile de dire que c'est le récent procès de Mgr Dupanloup qui a inspiré ce travail à M. Lefèvre-Pontalis; mais la question y est traitée à un point de vue si élevé, qu'on ne saurait prétendre que l'auteur ait voulu faire une brochure de circonstance. C'est la question générale de la liberté de l'histoire qui fait l'objet de cette étude, et M. Lefèvre-Pontalis ne craint pas de remonter jusqu'à la législation de Solon pour soutenir les droits de l'historien.

Chacun se rappelle la récente décision de la Cour de cassation qui, lorsque la réputation attaquée est celle d'un mort, déclare applicables les lois répressives de la diffamation. On se souvient aussi des ménagements par lesquels la Cour a cru devoir mitiger sa sentence. « La limite imposée à la diffamation, a-t-elle dit, ne peut en aucun cas devenir une gêne pour l'histoire; le juge saura toujours reconnaître la bonne ou la mauvaise foi de l'écrivain, apprécier le but de ses jugements ou de ses attaques,

ne pas confondre les nécessités et les franchises de l'histoire avec la malignité du pamphlet, et enfin ne trouver le délit que là où il trouvera l'intention de nuire. » Mais ces réserves sont-elles admissibles, et quelle confiance peut-on fonder sur ces promesses? N'y a-t-il pas, au contraire, un grand danger à laisser aux tribunaux une pareille latitude? « On peut se demander, dit M. Lefèvre-Pontalis, si les tribunaux correctionnels chargés journellement d'appliquer la loi, sans avoir le droit de s'en affranchir, ne seront pas entraînés par la logique même au delà des limites qu'on croit avoir tracées, et si l'intérêt qu'on témoigne à l'histoire est de nature à prévaloir, comme autorité, sur la loi telle qu'elle l'interprète. »

M. Lefèvre-Pontalis n'admet pas, d'ailleurs, que la loi de 1819 puisse être étendue à la diffamation des morts. Le mot de Voltaire : « On doit des égards aux vivants ; aux morts on ne doit que la vérité, » semble en effet avoir été la devise des législateurs qui firent cette loi ; le témoignage de ceux qui vivent encore est là pour l'attester.

Quant à l'objection que la loi laisse alors sans protection l'honneur des morts, M. Lefèvre-Pontalis n'a pas de peine à la détruire. Notre législation n'attribue-t-elle pas en effet aux tribunaux civils la plus large autorité pour assurer la réparation de toutes les injustices prouvées? Pourquoi les héritiers blessés dans l'honneur de leurs proches ne profiteraient-ils pas de cette disposition du droit commun ? A ceux qui prétendraient qu'une action devant les tribunaux civils ne peut être qu'une bien faible consolation, il ne serait pas difficile de répondre par l'exemple récent du procès intenté par les héritiers du prince Eugène contre les Mémoires du maréchal duc de Raguse ! Bien plus, la réparation civile a cet avantage, et pour les parties qui se plaignent et pour l'écrivain qu'on accuse, qu'elle autorise la discussion des événements historiques et la preuve des faits allégués.

Les paroles de Tacite, que M. Lefèvre-Pontalis a mises en tête de son ouvrage : *Præcipuum munus annalium reor, ne virtutes silcantur, utque pravis dictis factisque ex posteritate et infamia metus sit*, témoignent assez du respect qu'il a pour l'histoire, et de la noble mission qu'il lui assigne. Où serait en effet la justice en ce monde, s'il n'y avait pas d'histoire? P. L.

Introduction à l'histoire des sources du droit français (principales questions controversées), par M. Bertauld, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour impériale. — 1 vol. in-18, 3 fr. 50; Paris, Marescq, 1860.

« Je n'entreprends ni une histoire interne, ni même une histoire externe des origines de notre droit; je veux seulement recueillir, classer, condenser, sur les principales questions juridiques agitées à l'occasion des périodes mérovingienne et carlovingienne, les notions indispensables à tout légiste qui ne croit pas que le meilleur moyen de comprendre la loi en vigueur est de se condamner à l'ignorance de tout ce qui n'est pas elle, et notamment à l'ignorance de ses précédents, à l'ignorance de ses titres généalogiques, c'est-à-dire de ses causes. Je n'adresse pas aux érudits une œuvre d'érudition; pour ceux qui ne savent pas encore, mais auxquels je veux inspirer la pensée et le désir d'apprendre, j'essaye de résumer ce qui a été développé et approfondi ailleurs, dans des livres qu'ils ne pourront lire avec fruit que plus tard. Le but de ma dissertation, ce n'est ni de redire tout ce qui s'est dit ni de dire des choses nouvelles. Ma tentative est principalement une tentative de vulgarisation, mais c'est aussi une tentative d'appréciation critique. Mon but serait atteint si je familiarisais les jeunes hommes pour lesquels j'écris avec l'opinion que les historiens, les publicistes, Boulainvilliers, l'abbé Dubos, Montesquieu, Mably, M. de Montlosier, M. Guizot, ne doivent pas nous rester plus étrangers que ne doivent nous rester étrangères les idées qui ont préoccupé Dumoulin, Hotman, Loyseau, d'Aguesseau, Proudhon, Pardessus, M. Laferrière et M. Troplong. »

Tel est le but que M. Bertauld s'est proposé. Il indique rapidement les principales controverses que soulève l'histoire du droit français avant l'avénement de la dynastie capétienne : la fusion des races, la condition des Gallo-Romains après la conquête franque, l'établissement territorial des Francs, l'origine de la féodalité et de la communauté de biens entre époux, la personnalité des lois, la persistance des coutumes gauloises.

On comprend que pour se renfermer dans les étroites limites de cent cinquante pages, l'auteur a dû se borner à un rapide aperçu. On voit qu'il a voulu éveiller, bien plus que satisfaire,

la curiosité des jeunes étudiants. A ce point de vue ce petit livre peut être fort utile. Nous avons déjà beaucoup de livres sur l'histoire du droit français, mais ces livres sont en général trop savants, trop pleins de détail, trop longs à étudier. Avant d'entreprendre un aussi long voyage, il est bon de jeter un coup d'œil sur la carte du pays à parcourir. Rien ne fait plus défaut à la science du droit que les bons livres élémentaires.

R. D.

DE L'IMPOT FONCIER
DANS LE ROYAUME DE GRÈCE.

Le système des fermes règle encore, en Grèce, la perception de l'impôt foncier. C'est le système qu'on rencontre ordinairement aux premières origines des institutions économiques des peuples. Mais, comme chacun le sait, les inconvénients en sont sans nombre. Son application est une source de mesures rigoureuses et vexatoires de toutes sortes : elle épuise jusqu'aux dernières ressources de la nation, et elle aigrit tous les cœurs. Comme ministre des finances de Grèce, je me suis constamment proposé de remplacer ce système par un autre plus en harmonie avec les progrès modernes, et pratiqué surtout par les peuples qui expriment la civilisation à son plus haut degré. Cependant, on ne saurait imaginer en Occident les difficultés qui s'élèvent, pour ainsi dire, à chaque pas. La constatation fidèle des revenus, la cadastration exacte de la propriété demandent le concours d'hommes spéciaux, et ces hommes sont malheureusement encore assez rares dans notre pays.

J'offre ici aux lecteurs de la *Revue* le projet de loi du gouvernement hellénique et son exposé de motifs, tendant à faire disparaître le système oppressif des fermes. Ce projet a été présenté à la Chambre des députés; une commission a été nommée pour l'examiner, et, après une étude soutenue et approfondie, cette commission l'a présenté à l'approbation de la Chambre. Si la discussion ne s'est point encore engagée sur le travail de la commission, c'est qu'il n'a été déposé que le dernier jour de la session. J'espère qu'on ne verra pas sans plaisir les efforts que tente un peuple renaissant pour réaliser chez lui le bien-être et la liberté. C'est d'ailleurs un spectacle plein d'intérêt que de voir un gouvernement prendre lui-même l'initiative de mesures efficaces pour élever son pays à la hauteur de la civilisation.

PROJET DE LOI.

OTHON, par la grâce de Dieu, roi de Grèce, ayant décrété de concert avec la Chambre des députés et le Sénat, nous avons ordonné et ordonnons :

CHAPITRE Ier. — DE L'IMPOT FONCIER ET DU DROIT D'USUFRUIT.

Art. 1er. — Le système d'impôt foncier jusqu'ici en vigueur est aboli. L'impôt foncier sera établi en argent et par strème sur les terres productives et sur les plantations, en raison de leur revenu net.

Le revenu net est celui qui reste au propriétaire, déduction faite sur le produit brut des frais de culture, semence et récolte.

Sera également payé en argent le droit d'usufruit, qui était perçu jusqu'ici sur les terres et les plantations du domaine mixte et ecclésiastique, à moins qu'il n'ait été disposé autrement de ces terres.

Art. 2. — La somme de l'impôt foncier et du droit d'usufruit sera annuellement déterminée par une loi et répartie entre les provinces; les conseils d'éparchies, réunis aux époques déterminées par les autorités administratives, feront la répartition entre les communes, et les conseils communaux entre les villages ou sections cadastrales de chaque commune.

Si les conseils, ayant été convoqués, ne font pas la répartition à temps, elle sera faite par l'éparque compétent, conjointement avec le commissaire des finances. C'est de la même manière que sera établi le droit d'usufruit.

Un extrait de la répartition sera communiqué dans le délai de dix jours, par la voie du président du conseil d'éparchie et du conseil communal, au démarque compétent, lequel est tenu de publier, dans chaque village ou dans chaque section, le contingent qui lui incombe, et lecture en sera aussi donnée à l'église.

Art. 3. — Le taux moyen des recettes publiques constatées pendant les sept dernières années au plus, déduction faite de l'année la plus et la moins fertile, sera pris comme base de la détermination et de la répartition de l'impôt foncier et du droit

2° Le village où elles sont situées, leur position et leurs limites ; si elles sont arrosables ou non ; si elles sont situées sur des montagnes ou dans des plaines.

3° Si elles sont propriété privée, mixte, nationale ou ecclésiastique.

4° L'étendue des plantations et de quelle espèce sont ces plantations.

5° De combien d'années sont ces plantations et si elles sont productives.

6° L'étendue des terres cultivées chaque année pour la production des céréales, cotons, melons, etc.

7° L'emploi des terres non cultivées, mais productives de revenu.

Art. 6. — Les déclarations seront faites en double, sur papier libre ; elles seront signées par le déclarant, et seront remises au démarque de la commune où sont situées ces terres et ces plantations. L'un des doubles, visé par le démarque, sera rendu au contribuable ; l'autre sera gardé par le démarque, qui légalisera sur ce même acte la signature du déclarant. Dans le cas où ce dernier ne saurait pas écrire, le démarque le constatera dans un procès-verbal.

Art. 7. — Les déclarations seront transcrites par sections, à la diligence et sous la responsabilité du démarque, dans un livre tenu à cet effet, et qui sera clos par sa signature, le soir du vingtième jour à compter du délai accordé par l'article 5. Dans le délai de cinq jours, le démarque sera tenu d'avertir le commissaire des finances et de convoquer le conseil communal, qui procédera immédiatement à l'élection d'une commission composée de cinq membres, dont un forain et deux supplémentaires, lesquels devront remplacer les classificateurs, toutes les fois qu'il s'agira de classifier les terres et les plantations de la section à laquelle ces membres appartiennent.

Art. 8. — Cette commission devra prendre en considération l'espèce de culture, la situation et la fertilité des terres ou des plantations du village ou de la section ; elle les divisera, dans le délai de trente jours, en cinq classes au moins, et déterminera la moyenne du revenu net par strème de chaque classe.

Après avoir ainsi évalué le revenu de chaque espèce de culture ou de plantation, la commission dressera un procès-verbal,

où les membres qui restaient se réunissaient provisoirement pour eux. Les procès-verbaux, datés et signés, seront remplis dans les registres des délibérations, dans le délai de cinq jours, au commencement des séances.

Art. 8. — Si les paroissiens d'une section ou si les membres des diverses sections que la mairie est divisée n'étaient pas réunis à l'appel qui leur aurait été fait, les commissaires, par la voie de l'affiche, la convocation à une assemblée générale et extraordinaire de toute paroisse. Avant l'ouverture de l'assemblée, ils feront constater par la partie qui aura demandé la réunion, l'appel nominal des membres composant dans la division de la paroisse, et la présence par l'affiche. Ils dresseront un procès-verbal de la séance, qui sera signé par eux et par deux paroissiens au moins, l'un et l'autre ne sachant pas faire son nom, l'un *pour* devrait y présider.

Les commissaires donneront à cette assemblée dans le délai de trente jours.

Art. 10. — Il nommera à l'assemblée générale, le président, le vice-président, les quatre scrutateurs de chaque section, qui auront les deux délibérations, à se réunir en diligence, à une heure pour à l'effet de procéder à l'ouverture d'une commission de huit membres, composée de quatre membres. Ce jour de l'ouverture et le lieu des séances, seront les deux délibérations, seront affichés à la mairie huit jours à l'avance, et inscrits en outre *donnée à l'église.*

Il faudra la présence de la moitié plus un des membres, pour que l'assemblée soit légale, elle sera présidée par l'adjoint de la section, et, en son absence, par le plus âgé des électeurs.

L'élection se fera par bulletins, à moins que les électeurs ne consentent de procéder à une autre manière. Pour être élu, il faut avoir obtenu la majorité relative ; mais si la moitié plus un des électeurs présents n'a pas réuni le choix d'élire l'un des quatre nommées.

Le dépouillement des votes sera fait par l'adjoint, le vice-président et les commissaires. Il en sera dressé un procès-verbal, qui sera signé par les trois personnes sus-mentionnées ou par toute autre qui l'exigerait.

Il sera statué à l'assemblée générale, dans le délai de trente jours, du vote de l'assemblée extraordinaire qui, dans le cas où elle n'aurait pas été, par la pluralité relative des suffrages, que le

résultat de l'élection a été faussé, devrait l'annuler et en ordonner une nouvelle. Dans cette dernière circonstance, l'assemblée sera présidée par l'éparque, ou par le démarque compétent, en vertu d'une délégation de l'éparque.

Si la section n'élit pas la commission, quoique convoquée à cet effet, le commissaire des finances procédera à sa nomination, et elle sera composée de trois habitants du même village ou d'un autre village.

Art. 11. — Tout majeur peut prendre part à l'élection de la commission; mais le droit d'éligibilité n'appartient qu'aux mâles.

Art. 12. — Il sera élu, pour chaque commission, un nombre égal de membres supplémentaires, pour remplacer, le cas échéant, ceux qui seraient empêchés.

Art 13. — La commission, présidée par le commissaire des finances ou par son délégué, prendra en considération les déclarations, y apportera les modifications nécessaires en cas d'inexactitude, inscrira les terres et les plantations non déclarées, et, en vertu du procès-verbal qui détermine le revenu, elle placera la parcelle de propriété de chacun dans la classe à laquelle elle appartient en raison de son revenu.

Les terres plantées d'arbres, dont le produit, vu le petit nombre de ces arbres ou leur jeunesse, ne constitue pas le revenu principal de la propriété à l'époque de la classification, seront considérées comme terres labourables; mais lors de leur classification, on évaluera aussi le produit de ces arbres.

Les vignes, et spécialement les vignes de Corinthe, qui n'auraient pas sept ans accomplis, seront aussi considérées comme terres labourables; mais les vignobles qui auraient atteint l'âge de sept ans seront distribués, à la diligence du commissaire des finances, par la commission compétente, dans leurs classes respectives, et l'impôt ainsi que le droit d'usufruit qui en sera payé s'ajoutera au contingent de la section.

Après la fin de ces opérations, l'éparque et le commissaire des finances se réuniront et tireront au sort une commission de quatre membres pris parmi les contribuables majeurs et mâles du village ou de la section; cette commission, sous la présidence du commissaire des finances ou de son délégué, fera le classement, d'après les dispositions de l'article précédent, des terres

ou plantations appartenant aux membres de la commission du village ou de la section.

Art. 14. — Conformément aux décisions des commissions susmentionnées, les terres et plantations, qui auront été classifiées, seront inscrites, à la diligence du commissaire des finances, sur un tableau qui sera exposé pendant vingt jours dans la maison commune.

Une expédition de ce tableau devra aussi être exposée dans chaque village par l'adjoint. Lecture en sera donnée à l'église pendant deux dimanches consécutifs, et un extrait sera communiqué à chaque propriétaire ou cultivateur de terres ou plantations, dans le même délai, à la diligence et sous la responsabilité du démarque.

Art. 15. — Le contribuable qui prétendrait que ses terres ou plantations ou celles des autres n'ont pas été rangées dans les classes auxquelles elles appartiennent, qu'elles ont été mal qualifiées, que leur étendue n'a pas été exactement désignée, ou même qu'elles ont été entièrement omises, peut, dans le délai de quinze jours de la publication du tableau sus-mentionné, remettre en personne ou par fondé de pouvoir au démarque compétent, sur un récépissé signé de ce dernier, une réclamation écrite sur papier libre à l'effet d'obtenir une révision.

Cette réclamation peut être également présentée par le commissaire des finances, surtout dans le cas où une propriété aurait été mal qualifiée.

Si la réclamation regarde un tiers, elle est donnée en double pour être communiquée, à la diligence du démarque et sur récépissé, à la personne contre laquelle elle est formée.

Art. 16. — Le tableau, les réclamations auxquelles il aurait donné lieu et tous les autres actes seront transmis par le démarque au commissaire des finances, qui les soumettra, dans un rapport, à l'éparque; ce dernier, en qualité de président, de concert avec le juge de paix et le démarque du chef-lieu, fixera par un acte le jour où les réclamations seront jugées. Cet acte et un extrait des réclamations, excepté celle prévue par l'article 15, § 3, seront portés à la connaissance des habitants de chaque village par une lecture faite dans les églises, et ceux-ci pourront se présenter, s'ils le veulent, devant la commission, pour soutenir leurs droits.

Sur l'invitation de l'éparque, un des démarques des communes voisines prendra part au jugement des réclamations de la commune chef-lieu.

Cette commission statuera sans appel, après avoir entendu le commissaire des finances, qui en sera le rapporteur. Elle sera tenue de statuer dans le délai de deux mois à compter du jour où les actes lui auront été soumis, sous la responsabilité personnelle des membres qui la composent. Tout expert nommé par elle, ainsi que les témoins qui seront interrogés, devront préalablement prêter serment, conformément aux dispositions de la procédure civile.

Art. 17. — Les réclamations jugées, que le tableau soit modifié ou non, il sera déclaré définitif par l'éparque, comme si aucune réclamation n'avait été faite, et il sera envoyé au commissaire des finances. Toute réclamation qui serait présentée postérieurement par le commissaire ne serait prise en considération que l'année suivante.

Art. 18. — En vertu des tableaux déclarés définitifs, d'après l'article précédent, le commissaire des finances dressera une matrice cadastrale des propriétés, terres ou plantations, soumises à l'impôt, en désignant leur revenu imposable, et en enverra une copie au ministère des finances.

Chaque commune devra, dans le délai de deux mois, obtenir une copie de ce même cadastre, signée par le commissaire des finances, et la garder dans ses archives.

Art. 19. — En vertu de ce cadastre, le commissaire des finances répartira proportionnellement entre les contribuables la somme de l'impôt dont il est fait mention dans l'article 2, rédigera les rôles et en communiquera une copie, par la voie de l'autorité communale, aux contribuables, afin qu'ils puissent porter, dans le délai de vingt jours, leurs réclamations contre la répartition, s'il y a lieu, devant une commission composée de l'éparque comme président, du commissaire des finances et du caissier. Il en sera de même pour le droit d'usufruit.

Les réclamations seront soumises, par la voie de l'éparque, à la commission sus-mentionnée, qui aura soin d'y faire droit.

Jusqu'à la rédaction entière du cadastre, les délais pourront être prolongés par ordonnance royale.

Art. 20. — Le délai ci-dessus écoulé, les rôles seront envoyés au caissier compétent.

L'impôt foncier et le droit d'usufruit seront payés en cinq échéances : le 15 janvier, le 15 février, le 15 juin, le 15 août et le 15 novembre de chaque année.

Art. 21. — Dans le cas où le cadastre serait modifié par suite des changements ou des mutations prévus dans le chapitre III, il sera pris pour base de la répartition annuelle de l'impôt foncier des années suivantes, jusqu'à ce qu'il en soit décidé autrement par une loi.

CHAPITRE III. — DES MUTATIONS ET DES DÉCHARGES OU RÉDUCTIONS DE L'IMPOT FONCIER, ET DU DROIT D'USUFRUIT.

Art. 22. — Toute mutation de propriété ou de possession sera déclarée par écrit à la mairie par le nouveau propriétaire ou possesseur.

Un extrait de chaque mutation sera inscrit par le démarque sur un livre tenu à cet effet.

Les actes concernant ces mutations seront ensuite adressés au commissaire des finances, qui les inscrira sur le cadastre et sur les rôles.

La déclaration, faite postérieurement à l'envoi des rôles au caissier, n'est valable que pour l'année suivante.

Art. 23. — Conformément à l'article 5, le contribuable devra déclarer, dans le courant du mois de mars de chaque année, toute extension de culture faite sur des terres qui n'auraient point été antérieurement déclarées comme cultivées, afin qu'elles soient, aux termes de la présente loi, soumises à l'impôt foncier et au droit d'usufruit. Ces terres seront ajoutées au contingent de leurs sections respectives.

Les terres couvertes, au moins depuis quinze ans, de broussailles, et les marais qui auraient été rendus à la culture aux frais du contribuable, seront, pendant quatre ans, exempts du payement de l'impôt foncier et du droit d'usufruit.

Les terres, qui depuis cinq ans auront cessé d'être cultivées pour être converties en plantations, jouiront du même privilége.

Art. 24. — Dans le cas prévu par l'article 23, l'assiette de

l'impôt ne pourra avoir lieu qu'après l'avis préalable de la commission de section.

Art. 25. — Le contribuable aura droit à la décharge ou à la réduction de l'impôt foncier ou du droit d'usufruit dans les circonstances suivantes :

1° S'il a été inscrit sur les rôles de contributions d'une section dans laquelle il n'est ni propriétaire, ni cultivateur ;

2° S'il a été plus imposé que les autres propriétaires ou cultivateurs de la section, qui appartiennent à la même classe que lui ;

3° Si la propriété imposable a subi des pertes en tout ou en partie ;

4° Si le contribuable a complétement abandonné la culture ou la possession de terres ou plantations nationales, ecclésiastiques ou mixtes.

Art. 26. — Les réclamations faites conformément aux articles 22 et 25 donneront lieu à la décharge de l'impôt foncier ou du droit d'usufruit, dans le cas où la vérité des allégations du contribuable aura été constatée.

Les employés compétents seront responsables de toute perte causée par le défaut de rectification des livres de contribution.

Art. 27. — Dans le cas où, par un événement fortuit, le revenu du contribuable aurait été entièrement ou partiellement détruit, il pourra demander la remise ou la modération de l'impôt foncier ou du droit d'usufruit. Il en sera de même si les plantations ne produisent rien ou si elles produisent peu.

Les dispositions de la présente loi sur la décharge, la réduction, la remise ou la modération de l'impôt foncier ou du droit d'usufruit seront réglées par des lois spéciales.

CHAPITRE IV. — PÉNALITÉS.

Art. 28. — Si le démarque refuse ou néglige d'exécuter les obligations qui lui sont imposées par la présente loi, il sera passible d'une amende de 5 à 50 drachmes, qui lui sera infligée par l'éparque. En cas de récidive, il sera passible d'une amende de 100 à 200 drachmes, et sera destitué, conformément

ticle 44 de la loi communale, sans préjudice de l'action en dommages qui pourrait être intentée contre lui.

Art. 29. — Le propriétaire ou cultivateur de terres ou de plantations nationales, ecclésiastiques ou mixtes, sera puni d'après les décisions des commissions dont il est parlé dans les articles 12 et 15 :

1° D'une amende égale au double de l'impôt foncier ou du droit d'usufruit dont il aurait essayé de frustrer le Trésor en ne déclarant pas les terres ou plantations ou en faisant une fausse déclaration.

2° D'une amende de 10 à 200 drachmes si la déclaration est inexacte concernant l'étendue ou la qualité des terres ou plantations. Seront considérés comme ayant fait une déclaration inexacte ceux qui auront omis le quart de l'étendue des terres ou plantations.

Art. 30. — Tout membre d'une commission, requis par le démarque compétent, devra, après avoir prêté serment devant lui, aux termes de l'article 335 du Code de procédure civile, se rendre à l'exercice de ses fonctions, sous peine d'une amende de 5 à 50 drachmes imposée par l'éparque. En cas de récidive, l'amende sera de 50 à 100 drachmes.

On ne pourra s'exempter des fonctions imposées par la présente loi que pour cause de maladie corporelle, qui occasionnerait une incapacité de service et serait attestée par un médecin; pour nomination à une autre commission; pour exercice de fonctions publiques ou toute autre occupation civile; pour raisons de famille qui exigeraient une absence et ne permettraient pas qu'on se livrât à une autre occupation. L'empêchement, fondé sur une des raisons ci-dessus, sera annoncé dans le délai de cinq jours à l'éparque, qui, conjointement avec le commissaire des finances, substituera à l'empêché un membre supplémentaire, conformément aux articles 11 et 12. Si le membre élu se trouvait absent, l'avertissement serait donné par son fondé de pouvoir ou par un de ses parents.

Art. 31. — La moitié des amendes imposées par la présente loi sera versée dans les caisses communales compétentes.

Si l'amende est infligée par suite d'une dénonciation particulière, la moitié de ce qui revient au Trésor profitera au dénonciateur.

Art. 32. — Les émoluments des membres des commissions, ainsi que leurs attributions, seront fixés par une ordonnance royale.

CHAPITRE V. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES. — DE LA POSSESSION LÉGALE DES TERRES ET PLANTATIONS NATIONALES ET ECCLÉSIASTIQUES.

Art. 33. — Le fisc continuera de conserver la possession légale des terres et plantations nationales et ecclésiastiques, qui, jusqu'à l'année 1843, avaient payé le droit d'usufruit, à moins qu'il ne l'ait perdu par suite d'une sentence judiciaire ou par renonciation expresse.

Art. 34. — Seront soumises au payement du droit d'usufruit toutes les plantations qui auront été faites sur des terres du domaine, soit par l'autorisation des anciens propriétaires ottomans, soit avec ou sans l'assentiment du gouvernement.

Art. 35. — Les terres ou plantations nationales ou ecclésiastiques, concédées à quelque titre que ce soit, ne seront pas soumises au payement du droit d'usufruit, si l'acte de concession a été délivré aux ayants droit avant le 1er avril prochain ; le droit d'usufruit sera déduit du contingent contributif de la section où les terres ou plantations nationales et ecclésiastiques concédées sont situées.

DISPOSITION TRANSITOIRE.

Art. 36. — L'impôt sur les produits de la terre continuera à être prélevé d'après le système actuellement en vigueur, jusqu'à ce que les opérations pour déterminer l'étendue et le revenu des terres ou plantations soient terminées, d'après les dispositions de la présente loi.

La présente loi ayant été décrétée par la Chambre des députés et par le Sénat, et ayant été sanctionnée aujourd'hui par Nous, sera promulguée par le journal du gouvernement e exécutée comme loi de l'Etat.

EXPOSÉ DES MOTIFS.

L'impôt est une contribution nécessaire, que chaque citoyen doit payer pour la conservation et le développement de la société. Lorsqu'il n'a pas cette unique destination, lorsque étant onéreux, mal réparti ou mal employé, il ne sert qu'à diminuer les capitaux en circulation, ou à mettre des obstacles au progrès social, l'impôt est injuste et mauvais. Tel menace de devenir chez nous l'impôt foncier, à cause du système qui règle sa perception. C'est à changer ce système que tend le projet de loi soumis à vos délibérations.

Le système actuel prélève la dîme sur le produit brut, constaté chaque fois par des agents financiers ou des fermiers. Le cultivateur ne trouve pas un intérêt immédiat à améliorer la culture des terres, à y mettre des capitaux et à obtenir, par de plus grands efforts, des profits plus considérables, car l'impôt absorberait la plus grande partie de ses profits. Ce système appartient plutôt à des temps de barbarie, qui ignorent la nature et le but de l'impôt, et ne sont pas assez éclairés par la science pour savoir adopter une base d'impôt juste et régulière. Il date de nos jours de servitude ; c'est un anachronisme, auquel nous ne devons plus rester soumis.

Le système d'imposer le produit brut contrevient au principe, consacré par notre constitution, de la distribution égale et juste de l'impôt; il s'appuie sur l'inégalité, car il prélève le même impôt sur des productions diverses, dont le bénéfice net peut considérablement différer. Un strème de terre à Hélos, dans la province de Sparte, produit dix fois plus qu'un strème dans le reste du département de Laconie, tandis que la culture de ce dernier exige plus d'efforts et plus de dépenses. En prélevant le même impôt sur chacune de ces productions, on prend à la dernière une partie beaucoup plus considérable, peut-être le tout; à l'autre beaucoup moins, peut-être un dixième du bénéfice net. Cette distribution inégale constitue une injustice, et les terres de qualité inférieure, loin de soutenir la concurrence, ne peuvent même pas être cultivées, car l'impôt absorbe tout le revenu, ou du moins le diminue à tel point que la culture de la terre

n'est plus profitable. En imposant le produit brut au lieu du produit net, on impose les capitaux affectés à la production, lesquels avaient déjà été imposés lors de leur propre production; cet impôt injuste, en se répétant, finit par absorber ces capitaux et par tarir les sources de la production. Sous un tel système, l'agriculture ne peut se développer, et les capitaux refusent de s'y associer. Voilà pourquoi l'agriculture n'a pas fait de progrès en Grèce, où elle est soumise au système des baux ; la production y reste à peu près stationnaire, tandis que les capitaux se sont multipliés et que les bras ont doublé. Mais les bras ont été appliqués à d'autres travaux, même à d'autres branches d'agriculture, et, à peu d'exceptions près, la production des céréales se borne à ce qu'il en faut pour la nourriture de la famille de l'agriculteur, qui, privé de fortune et de capitaux, se procure ainsi son pain quotidien, sans mettre en ligne de compte son propre travail. La terre ne lui coûte rien, car la terre nationale est à la disposition de qui veut la cultiver, en payant un droit. Mais là où cette ressource n'existe point, là où il faut acheter la terre, là aussi où la condition du cultivateur a commencé à s'améliorer et où il possède d'autres moyens d'existence, on plante au lieu de semer, et il est bien connu que de vastes plantations d'arbres couvrent aujourd'hui des champs qui produisaient autrefois du blé. Cet état de la culture des champs deviendra de plus en plus sérieux, si nous continuons à imposer le travail et les capitaux, tandis que tout marche et progresse autour de nous. L'agriculture, cette source principale de la prospérité des peuples, n'est pas destinée en Grèce à nourrir maigrement le laboureur; elle doit aussi lui procurer l'aisance. Ceux qui veulent la protéger par des impôts, des taxes et des prohibitions, pour constituer le monopole de ses produits dans le pays, loin de l'encourager par une récompense juste et utile, ou d'en assurer le revenu, consacrent au contraire l'état stationnaire et l'inaction. Le progrès et le développement ne peuvent jamais être dus aux impôts et aux prohibitions ; loin de là, ce système change en déserts les terres les meilleures et les plus fécondes. L'agriculture sera pour longtemps encore la seule ressource importante de la Grèce, surtout après le coup qui a dernièrement frappé la navigation à voiles ; mais, pour remplir sa mission, elle doit être délivrée de toute entrave,

être guidée par la science, disposer de capitaux et être exercée à bon marché par la réduction des dépenses.

L'impôt sur le produit brut, tel qu'il existe d'après le système en vigueur, exige que la production soit annuellement constatée; mais, dans cette constatation, le contribuable a un intérêt constant et immédiat à cacher au moins une partie des produits imposables et à tromper ainsi le public ou le fermier. Jusqu'ici deux différentes méthodes de constatation ont été mises en pratique : celle de l'Etat par des intendants et celle des fermiers.

La première a donné lieu à de grands abus ; il y faut employer un personnel nombreux, qu'on ne peut prendre que dans les classes inférieures, et, pour un emploi aussi infime, il est difficile de trouver toujours des hommes qui soient au-dessus de tout soupçon. Si l'on réussissait à trouver des personnes d'une condition plus élevée, les appointements qu'il leur faudrait accorder absorberaient la plus grande partie du revenu. On ne peut donc confier la constatation des revenus qu'à des hommes inférieurs ; les abus sont alors inévitables, et ces abus diminuent la recette publique et démoralisent le peuple. Sous le système de la perception directe par des intendants, l'intérêt privé ne sert pas de mobile pour approfondir et constater la fortune imposable, et ce travail si important est abandonné à des employés provisoires et qui ne s'en occupent qu'avec négligence, parce qu'ils administrent une fortune qui n'est pas la leur. A cause de ces défauts, ce système fut bientôt abandonné.

Quant au système du bail, il livre le contribuable au fermier, qui n'a d'autre mobile, d'autre règle de conduite que l'intérêt; il donne nécessairement à ce fermier toute autorité, pour le mettre à même de combattre les ruses auxquelles le contribuable pourrait avoir recours afin d'échapper à ses engagements, et pour lui assurer la perception de l'impôt. Le fermier est autorisé à se livrer à toute enquête et à tout examen, à pénétrer dans la maison, dans les magasins du contribuable, à lui faire subir toutes sortes de vexations pour l'empêcher de rien dérober de son revenu. Si l'agriculteur veut moissonner, s'il veut battre son blé, s'il veut le mettre en grange, il faut que le fermier en soit préalablement averti. Il est vrai que la loi a prévu les cas où le fermier, étant averti, refuserait ou ne pourrait pas se présenter ; mais les mesures qu'elle

prescrit dans ces circonstances sont souvent une source de nouveaux dommages pour l'agriculteur; car si la moindre forme a été négligée, si la moindre inadvertance a été commise, il est exposé à des réclamations en dommages et intérêts. En outre, pour remplir toutes ces formalités, il faut que le laboureur dépense un temps précieux, laissant passer les moments opportuns pour les opérations des champs, et la mauvaise saison ou les pluies survenant sur ces entrefaites détruisent la récolte exposée. Enfin, l'expérience est loin d'avoir prouvé que ces mesures, inventées par la loi, aient toujours pu trouver leur application. Le laboureur simple et ignorant connaît-il toutes les garanties légales, ou l'assesseur communal d'un petit village, à moins d'avoir lui-même sa part au bail, a-t-il toujours la volonté ou le loisir de prêter son assistance comme la loi le lui impose? Une longue pratique a démontré que, pour la plupart, ces garanties restent sans application, et, en outre, il y a aussi des circonstances que la loi n'a pas prévues, et auxquelles doit pourvoir l'autorité administrative, siégeant souvent très-loin de la cabane du paysan. Dans ces cas, le paysan doit se rendre au chef-lieu, perdre son temps et son argent à pétitionner, de manière que si même sa réclamation n'est pas noyée dans l'océan des demandes de renseignements (car l'autorité ne saurait prendre une décision sur sa pétition seule), il risque souvent de perdre bien plus qu'il n'a à gagner. Voilà pourquoi les paysans supportent ordinairement les petits dommages plutôt que d'avoir recours à l'autorité; et il est certain que les fermiers, connaissant la supériorité de leur position à cet égard, manquent rarement de l'exploiter avec adresse. Ajoutons à tout cela les faux cahiers à souche, les listes falsifiées par les fermiers, qui encombrent les archives des autorités financières, et par lesquelles les habitants sont représentés comme débiteurs d'impôts qui sont dus par les fermiers seuls; les reçus de nulle valeur et rédigés contrairement aux formalités prescrites par la loi, qui ne libèrent pas le contribuable, et nous aurons l'image complète de l'application du système en vigueur, sous lequel, contrairement à l'intérêt de la société, celui qui constate le revenu cherche son profit dans la faillite et la spoliation du paysan. Une grande partie des arriérés est représentée par des listes et des cahiers à souche, dont l'exactitude est contestée par les con-

tribuables. Où est donc la vérité dans ce système ? Il n'y a nulle sûreté, nulle exactitude, non-seulement dans la constatation, mais encore dans la perception des impôts.

Les questions d'impôts sont celles qui touchent de plus près tout le peuple et tiennent la première place dans ses relations et dans son activité de tous les jours. Lors donc que l'impôt prend le caractère d'une spéculation particulière et cesse d'être en rapport avec l'intérêt général de la société, il n'est plus considéré comme une dette payée à la société dans l'intérêt même du contribuable ; l'intérêt individuel se montre en première ligne, de tristes luttes se livrent au nom de la société ; le fermier d'un côté, qui est peut-être un homme de basse condition et de sentiments peu élevés, le contribuable de l'autre, se livrent un assaut de ruses et de machinations pour se frustrer mutuellement de leurs petits profits ou pour repousser les injustices dont ils sont menacés de devenir les victimes, et donnent le spectacle d'affligeantes intrigues. La société, témoin de ces indignes efforts, de ces fraudes et de ces injustices, et en faisant la base de son existence, se dégrade nécessairement et se pervertit. Les forts arriérés des fermiers ont donné l'idée des baux en nature. Malheureusement ce changement n'a pas remédié au mal, et il en a fait naître de plus grands encore. Le gouvernement est devenu marchand de blé, concurrent terrible des producteurs, auxquels il porte de graves préjudices en se nuisant à lui-même ; car il se voit obligé de mettre les denrées en magasins, où une grande partie se perd ou se détériore, de faire des frais considérables de transport et de conservation, et de n'en posséder enfin que d'une qualité toujours inférieure. Les places de gardiens de magasins sont fort insignifiantes, leurs appointements sont très-minces et ne sont souvent payés que bien tard, et cependant ces places sont recherchées par des hommes d'une condition élevée. Il faut donc supposer qu'ils trompent le contribuable en altérant le poids, qu'ils trompent le gouvernement en altérant la qualité, pour que la place de magasinier puisse leur convenir. Il est très-difficile, pour ne pas dire impossible, de mettre un frein à ces abus, et j'ai tout lieu de penser que plusieurs mesures, adoptées à cet effet, ont tourné au préjudice des contribuables. Outre ces abus, il arrive aussi que les magasiniers, pour se dédommager, s'emparent même des den-

rées qui leur sont confiées ; car il y en a eu qui, plus d'une fois, se sont trouvés en défaut. Je ne dis pas qu'il n'y ait des exceptions et même que plusieurs de ces employés n'aient fait preuve d'un caractère honorable, mais cela ne fait pas que le système soit moins mauvais.

Les fermiers trouvent sans doute aussi, de leur côté, le moyen de se dédommager, car il serait impossible qu'ils continuassent pendant longtemps une spéculation à laquelle ils seraient sûrs de perdre. Je ne discute pas la question de savoir si leurs profits sont conformes à la loi et à la justice. C'est ainsi que la constatation des impôts enlève annuellement au peuple ou au public une somme considérable, qui cependant est encore bien au-dessous des dépenses d'inspection, de perception, de transport des denrées, de loyer des magasins, d'appointements des magasiniers, etc., qui absorbent une part considérable du revenu public, de manière que les contributions payées par le peuple remplissent moins le trésor de l'Etat que les bourses des particuliers. Il ne faut pas non plus perdre de vue toutes les vexations, toute la perte de temps et toutes les dépenses auxquelles les habitants sont exposés, étant forcés de faire transporter eux-mêmes au loin leurs impôts pour les livrer aux magasiniers.

Les arriérés de 1848 jusqu'à la fin de 1858, provenant des céréales, s'élèvent à près de 5,000.000 drachmes. Il est fort à douter qu'ils puissent jamais être recouvrés en entier. C'est un malheur si ces arriérés sont dus à des pertes, car ils indiquent que de nombreuses familles de fermiers ont trouvé leur ruine, et c'est un préjudice et une injustice envers le Trésor et la société s'ils proviennent d'abus et de fraudes. Ces arriérés pèsent sur les fermiers aussi bien que sur les contribuables, car outre les listes forgées, outre les sommes payées et néanmoins dues, parce que les reçus ne sont pas en ordre, il y a aussi de véritables arriérés, dont la perception ne peut être opérée que par des poursuites onéreuses et vexatoires, qui pèsent sur toute la population. Le percepteur, le gendarme, est continuellement à tracasser le cultivateur ; des poursuites judiciaires, très-coûteuses pour lui, lui sont même intentées, toutes les fois qu'il n'a pas à produire aussitôt son reçu en règle, et l'on sait s'il est facile à un paysan de conserver de telles pièces pendant plusieurs

années. Quels progrès seraient possibles sous le poids d'un pareil système?

Si nous récapitulons tous les arriérés, les déficits des magasiniers qui s'élèvent à plusieurs centaines de millions de drachmes, leurs profits et ceux des fermiers, les injustices commises envers les habitants, les pertes du Trésor et en général les frais de constatation et d'administration des impôts, nous obtiendrons une somme très-considérable qui se perd pour le peuple aussi bien que pour le Trésor. Quel avantage pour le public si nous sauvons cette somme, si le Trésor n'en perçoit même qu'une partie, car ses ressources augmenteront ainsi, non pas par l'augmentation, mais par la diminution des impôts! Le pays a beaucoup de besoins et peu de moyens pour y faire face. L'augmentation des impôts n'est ni possible, ni utile, car plus les impôts augmentent, plus les ressources diminuent, en même temps que les besoins et les dépenses se multiplient. Ayons donc soin d'augmenter les ressources publiques par l'application du principe le plus commun, par la suppression des dépenses inutiles et des pertes, par la modification du système de la perception et par le développement des ressources individuelles. Notre œuvre, ainsi dirigée, sera grande et bonne. J'avoue que l'augmentation des revenus ne sera pas le résultat immédiat de la mesure que je propose; mais après les premières dépenses exigées par le cadastre, tous les frais inutiles et toutes les pertes auxquelles le Trésor est sujet aujourd'hui cesseront, le grand nombre des employés des finances sera réduit, et, indépendamment de cette économie, le progrès et l'amélioration de la fortune privée contribueront à enrichir la caisse publique.

Ainsi, le système aujourd'hui en vigueur est basé sur l'inégalité; il donne lieu à des injustices, à des vexations, à des pertes, il encourage la fraude et le mensonge, il relâche le respect et la confiance des citoyens envers l'Etat. Dans ce système, l'Etat est le décimateur immédiat du contribuable, fortement intéressé à ce que la constatation soit plus élevée, et juge dans sa propre cause, appelé à prononcer sur des questions qui l'intéressent vivement. Il est, par conséquent, considéré comme partie adverse du contribuable. C'est au moins sous ce point de vue que le peuple considère ses relations avec l'autorité, sous le rapport des contributions; car le peuple ne croit d'ordinaire que

les apparences les plus rapprochées, sans trop s'élever à la philosophie des devoirs, à la théorie de la destination et de la mission du gouvernement. Il voit l'Etat cherchant à lui enlever une partie de ses revenus et s'efforçant de faire que cette partie soit la plus grande possible. Il naît donc souvent de la méfiance et de la haine, là où il ne devrait régner que du respect et de la confiance. Tous ceux qui ont étudié nos traditions financières et les plaintes des contribuables savent que telle est la source des sentiments qui les dominent de plus en plus. Le système de la perception des impôts est donc la question sociale la plus importante sous le rapport moral et politique.

Depuis longtemps, le gouvernement grec, mû par ces considérations, s'est occupé de changer et d'améliorer ce système, et y a apporté toutes les modifications qu'il a crues possibles. On sait que celui qu'il a adopté est le système des déclarations séparées pour chaque propriété, sans aucun rapport au total des contributions de l'Etat ou à celles des voisins. Ces déclarations sont un moyen de constatation de la fortune imposable ; elles ne sont pas la base de l'impôt, comme le revenu brut ou net, comme l'étendue ou la valeur de la terre; elles peuvent servir comme moyen de constatation de tous ces autres systèmes d'imposition. C'était le seul que nos moyens nous permissent d'appliquer. D'après ce système, l'Etat ne s'appuie sur l'alliance d'aucun intérêt particulier, ne peut s'attendre à aucune sympathie, à aucune assistance, car il n'y a nulle solidarité dans la répartition des impôts, et le voisin n'a nulle raison de dévoiler la vérité qui serait au profit du Trésor ; tous auraient plutôt, comme individus, un intérêt contraire. En théorie, ce système de répartition des impôts par individus, et sans nulle relation mutuelle, a cela de bon que l'impôt est exactement proportionné sur le revenu seul; mais cela n'est réellement vrai que lorsque le revenu peut être constaté d'une manière incontestable. Ce système se fonde surtout sur la sincérité, sur la véracité et l'abnégation de celui qui déclare, et doit être accompagné de sûrs moyens de contrôle et d'un cadastre complet, qui manque et qui ne pourra être facilement et bientôt donné à la Grèce, parce qu'elle n'est pas préparée pour les travaux scientifiques que cette opération exige, et que des estimations partielles et fondées sur des

connaissances empiriques n'en seraient que des bases très-incertaines.

Ce système ne promettait donc pas non plus un succès entier ; la position du contribuable envers l'Etat n'en est pas changée, car le revenu de l'Etat y est fixé *à posteriori*, c'est-à-dire du total des revenus de tous les contribuables pris à part. Ainsi l'Etat a toujours le même intérêt quant à l'estimation de ces revenus, et les autorités financières se sont toujours montrées fort peu empressées à procéder à des corrections en moins, qui diminuaient d'autant le revenu public, parce que la véritable distinction de la valeur des droits de l'Etat et du particulier n'existe pas encore.

En même temps, le système des déclarations n'a pas été pris comme base de l'assiette des impôts pour une certaine période d'années ; c'est pourquoi les mêmes doutes, les mêmes contestations se renouvellent chaque année entre l'Etat et les particuliers au moment de la répartition. Ainsi, la constatation approche du système des estimations, qui avait des conséquences funestes. De plus, cette fixation annuelle des impôts opprime la production, car elle impose tout progrès et toute amélioration. Néanmoins, ce système, malgré ses nombreuses imperfections, a été prouvé supérieur, et, partout où il a été bien appliqué, il a été avantageux aux contribuables, de leur propre aveu ; mais, à cause de ses défauts, qui se font plus particulièrement sentir à l'endroit des vignes, il n'a pas pu servir de base pour le règlement du système général des impôts de l'Etat.

Rappelons ici que l'application du système des déclarations a fait voir qu'on peut avoir toute confiance en la bonne foi et la sincérité du peuple grec. Cette certitude peut nous être très-utile. J'en donne comme preuve l'impôt sur le bétail : il est constaté par des déclarations, mais il est soumis aussi à un contrôle plus sûr, celui du dénombrement ; or, les déclarations ont paru dernièrement tellement exactes, qu'on n'a dû avoir recours à l'autre contrôle qu'en très-peu d'endroits. Lorsqu'on eut, tout d'abord, adopté le système des déclarations du bétail, il parut d'une application si difficile et provoqua tant de jugements et de condamnations contre les éleveurs qui ne voulaient pas s'y soumettre, qu'on en vint à douter s'il était utile d'y persévérer. Il faut que le peuple acquière la conviction de la vérité et de la

sincérité d'un système ; ce n'est qu'alors que son succès est assuré.

Un impôt fondé sur l'étendue des terres serait injuste et oppressif, car la force productive de la terre est fort différente de toise en toise ; ainsi, le même impôt, prélevé sur deux étendues égales, prendrait de l'une la dixième partie seulement de la production, de l'autre la production tout entière, et même plus ; c'est ainsi qu'un strème à Bertsova, près d'Iripolis, produit dix fois plus qu'un strème sur les montagnes peu éloignées de Gortynie. Un même impôt, sur des terres de même étendue, serait donc la destruction des propriétés les moins productives.

Quant à l'impôt sur la valeur des terres, que la Régence paraît surtout avoir affectionné, d'après plusieurs lois qu'elle a publiées, il offre aussi plusieurs inconvénients. La valeur d'une propriété est modifiée d'après sa position, la population comparée à l'étendue et plusieurs autres circonstances étrangères à la force productive de la terre. Un strème de terre, en Eurytanie, a cinq fois la valeur d'un strème en Irichonie, tandis que leur force productive est en raison inverse, et cette différence n'est compensée ni par la culture de produits plus nobles, ni par une différence des prix de vente. Ainsi l'impôt, fondé sur la valeur de la propriété, dépassera souvent la production et exercera l'influence la plus funeste, surtout sur les terres stériles. Cet impôt dans des provinces qui abondent en terres d'une grande fertilité, qui cependant se vendent à bas prix parce qu'il y en a beaucoup, touchera presque à l'immunité, tandis qu'ailleurs on en demandera l'abrogation avec instance, parce qu'il absorbera tout le revenu.

Serait-il préférable de prendre comme base de l'impôt le terme moyen des contributions par personnes, pour les quelques dernières années, et d'y soumettre les individus pour un certain nombre d'années à venir? Ce système, comme il est facile de le comprendre, n'est pas sans être entaché de la plupart des inconvénients de tous les autres ; mais, en même temps aussi, il est impraticable, car on ne peut connaître au juste l'impôt payé par chaque individu, et il n'est pas sûr de prendre les constatations des fermiers comme base des contributions.

Comme il n'y a aucun des systèmes que nous avons examinés jusqu'ici qui n'ait de graves inconvénients et qui ne contre-

vienne à l'égalité, à la justice ou au progrès moral et matériel du pays, il reste encore le système que développe le projet de loi et qui est le meilleur de tous, celui qui peut, pour le moment, être appliqué avec le plus de profit pour le pays.

D'après ce projet de loi, chacun doit déclarer ses terres et ses plantations, après quoi une commission de cinq membres fixe la force productive, en général, des terres de chaque village ou de chaque section, en les divisant en cinq classes au moins. Ces déclarations et ces estimations sont alors soumises à une autre commission, dite de section, qui est choisie par les habitants du village ou de la section. Cette commission doit examiner l'exactitude des déclarations et classer chacune des propriétés dans l'une des cinq classes, selon son degré de productivité ; mais de peur d'injustices, une autre commission, et c'est la dernière, siégeant au chef-lieu de la province, reçoit les recours et statue définitivement. Après quoi l'on dresse le cadastre, qui contient la liste de toutes les propriétés, la classe à laquelle chacune d'elles appartient et son revenu net. L'impôt, pour la première année, sera fixé d'avance sur la moyenne des impôts constatés pendant les sept dernières années, et il sera réparti aux provinces, aux communes et aux sections. La somme dont une section sera imposée devra être répartie aux habitants en raison de leur revenu net marqué dans le cadastre. Ce revenu net servira dès lors de base à l'assiette de l'impôt. Les améliorations ne sont pas imposées, mais les nouvelles cultures le sont. Les impôts sont payés en divers termes, et la loi admet et détermine des circonstances où l'on a le droit de demander que l'impôt soit remis ou diminué.

Tels sont les principes du projet de loi. Chacun d'eux sera, plus loin, spécialement examiné. La constatation faite de manière que tous les contribuables y trouvent leur intérêt, sans fermiers, sans magasiniers, sans intendants, sans estimateurs annuels, sans collecteurs, sans coopération des gendarmes, sans qu'on ait l'intérêt de mettre en œuvre le mensonge et la fraude, la constatation fixée d'avance, connue et ne changeant point, tel est le but du projet de loi.

Mais les déclarations ne sont pas la seule base de l'assiette des impôts, elles ne sont que le point de départ des efforts et des enquêtes qui tendent à la découverte de l'étendue et de la

production des terres. Les arpentages faits par les praticiens ne compensent pas l'absence d'opérations scientifiques et régulières. Pour y suppléer, je m'occupe de la formation d'un corps d'ingénieurs civils ; mais, en attendant, faudra-t-il nous arrêter ? Ce n'est pas ainsi qu'on a agi dans d'autres parties de l'Europe. En France, on a commencé le cadastre en 1818, et on vient à peine de le terminer ; la Corse en est encore privée, de même que l'Autriche et plusieurs autres contrées de l'Europe. Et, cependant, cette absence d'un cadastre n'a pas empêché ces Etats de changer leur système d'impôts et d'imposer le produit net en raison de l'étendue des terres, et l'expérience a démontré que ce parti est le meilleur, malgré les inconvénients et les difficultés qu'il peut avoir. La cadastration est une opération longue et dispendieuse. Je ne veux pas examiner toutes les difficultés qu'elle peut rencontrer en Grèce, où des terres et des propriétés de catégories diverses se trouvent mêlées ensemble d'une manière presque inextricable; mais je me demande si nous devons attendre qu'un cadastre soit dressé avant de délivrer notre civilisation du système barbare des Spahis et de sauver l'Etat aussi bien que le contribuable des vexations et des pertes auxquelles ils sont exposés. Sans un arpentage régulier et scientifique, le contribuable pourra être victime de quelque inégalité dans l'assiette des impôts ; mais cette inégalité sera bien petite en comparaison de celle qui règne aujourd'hui, et toutes les dispositions du projet de loi tendent à la réduire encore. Un arpentage inexact fera rarement peser sur le contribuable un impôt beaucoup plus élevé que celui dont il est réellement redevable ; car les arpenteurs pratiques mesureront toujours d'une manière approximative, et leur estimation de l'étendue sera bien plus souvent au-dessous qu'au-dessus de la vérité. L'inconvénient consistera donc en ce que quelques-uns payeront moins qu'ils ne devraient ; mais y a-t-il une comparaison possible entre cet inconvénient et ceux que présente le système du bail, et toutes les injustices et toutes les oppressions auxquelles il donne lieu ?

Quant à l'estimation du revenu, elle dépend de l'expérience et du sentiment d'honneur de quelques hommes de choix, ainsi que du conflit des intérêts contraires. C'est ainsi que nous procéderons en changeant de système, et l'absence seule d'un ca-

dastre régulier, qui, comme nous l'avons vu, se rencontre aussi dans plusieurs autres pays de l'Europe, ne doit pas nous arrêter.

D'après le projet de loi, l'impôt est fixé sur le produit net, déterminé une fois pour toutes, et continue sur cette base jusqu'à ce qu'une autre loi vienne en disposer autrement. Aucun progrès, aucune amélioration postérieure n'est imposée; et si, par une culture plus soignée, la terre finit par rendre dix au lieu de trois, l'impôt restera toujours en raison de l'ancien revenu de trois. Nous pouvons nous attendre de cette manière à ce que des capitaux soient appliqués à l'agriculture, et l'application étant récompensée en deviendra d'autant plus fréquente. J'ai préféré ce système à celui d'un impôt entièrement invariable, aussi bien qu'à celui d'un impôt toujours changeant; car plusieurs événements, indépendants de l'activité humaine, peuvent considérablement modifier la quantité et la valeur de production d'une propriété : tels sont l'établissement d'une ville, l'ouverture d'un port, la construction d'une route, ou les circonstances contraires. L'impôt étant invariable, une terre devenue inculte continuerait à payer l'impôt exorbitant auquel elle était soumise lorsqu'elle était productive; tandis qu'une terre en plein rapport ne payerait que la petite contribution à laquelle elle était taxée lorsqu'elle était encore en friche. Il n'y a aucune raison pour consacrer un principe qui implique tant de contradictions. Le projet de loi ne veut point imposer les améliorations qui proviennent de l'application des capitaux et des soins assidus; mais ce n'est pas de cette immunité qu'il est ici question. Ce système serait surtout injuste et peu pratique en Grèce, dont une grande partie est inhabitée, où les moyens de communication et les capitaux sont rares, et où l'agriculture est encore imparfaite. Mais le système des révisions annuelles n'est pas non plus admissible, car il suit à la piste tout progrès et toute amélioration pour l'imposer, l'impôt devient incertain et inconnu au contribuable, et perd toutes les qualités qui peuvent le rendre plus supportable.

Quelques-uns repoussent la base du produit net, en soutenant qu'elle n'existe point et que les dépenses absorbent tout le produit. Nous ne pouvons admettre cette assertion. Comment une opération constamment nuisible se continuerait-elle, surtout dans un pays où la main-d'œuvre est si chère? Pourquoi les

bras ne chercheraient-ils pas une occupation plus lucrative? Du reste, si cela est vrai, c'est une preuve de plus du mauvais système des contributions, et il faut préférer tout ce qui peut y remédier.

Par le changement proposé, le budget de l'Etat devient une vérité, et l'Etat, sans égard aux variations atmosphériques, connaîtra définitivement ses recettes, qui ne sont aujourd'hui supputées que par supposition; tandis qu'il ignore jusqu'au moment de la perception si c'est le double ou la moitié seulement qu'il réalisera. D'après le nouveau système, l'impôt, fixé d'après les besoins de l'Etat, et réparti aux provinces, aux communes, aux sections, et jusqu'aux individus, sera déterminé d'avance; l'Etat ne peut donc subir aucune perte involontaire et par ignorance; on ne peut diminuer les impôts par la fraude, car l'impôt étant dû par sections et non par individus à part, il en résulte à sa répartition un intérêt d'inspection mutuelle. Si l'impôt était formé après la perception du total de parties proportionnelles de la production de chaque individu, ainsi que c'est aujourd'hui le cas, il serait facile d'en soustraire une partie, car personne n'aurait intérêt à découvrir la fraude; et encore la diminution des recettes ne dépasserait-elle pas les pertes, les dépenses et les arriérés qui résultent du système actuel, avec cette différence que ces pertes, s'il était impossible de les éviter, profiteraient du moins au contribuable, au lieu d'enrichir quelques spéculateurs.

Une dernière objection, qui paraît puissante, concerne les difficultés qu'on suppose à la perception, par la raison qu'à un petit nombre de débiteurs, qui sont les fermiers, le nouveau système substitue des milliers d'habitants qui seront moins prompts à payer les impôts. Mais il n'est pas vrai que même aujourd'hui les habitants ne soient pas les débiteurs de toute espèce de contributions, sans excepter même l'impôt affermé des céréales, que l'Etat se voit en grande partie contraint de percevoir en définitive lui-même, car les fermiers lui remettent annuellement, au lieu des impôts, des reçus non acquittés, et il faut bien qu'il s'en fasse lui-même le percepteur; autrement il n'y aurait pas de fermier qui osât se présenter, si, au lieu de l'appui administratif, il était forcé d'avoir recours aux tribunaux pour se faire rembourser par les contribuables. Et tel a été l'abus

de ces reçus, que la loi de 1857 a refusé de les accepter, pour forcer les fermiers à s'occuper eux-mêmes sérieusement de la perception; et cependant l'Etat n'a pu leur refuser son assistance active; aussi cette disposition n'a-t-elle point servi à diminuer les arriérés, mais bien à écarter d'autres inconvénients qui se manifestaient lorsqu'on dressait les comptes. Mais est-il vrai que la perception directe des habitants soit plus difficile? Cette idée se fonde sans doute sur les arriérés que présentent les impôts de construction et de patente. Ces arriérés viennent, non pas de ce qu'ils sont dus par un grand nombre de débiteurs, mais de ce qu'ils le sont par des personnes qui occupaient dans la société une position élevée. Les poursuites contre ces débiteurs n'étaient pas autrefois faites avec la vigueur nécessaire; les agents commis à la perception méconnaissaient ou négligeaient leur devoir. Ils ont eu beaucoup trop d'égards pour ces débiteurs, et tandis que plusieurs de ceux-ci étaient riches, ces contributions, qui étaient insignifiantes pour eux, ne leur étaient pas même réclamées, tant on mettait de ménagements dans la poursuite. Mais dès que l'autorité a commencé à se montrer plus sévère, les arriérés ont sensiblement diminué, autant que le pouvaient permettre les inconvénients inhérents au système peu régulier de la constatation. Pourquoi les impôts sur le bétail, sur les figues, etc., qui sont immédiatement payés par le peuple, mais qui ne sont accompagnés ni d'injustices, ni d'oppressions, laissent-ils moins d'arriérés que tous les autres impôts? La perception de l'impôt sur les vignes rencontre des difficultés, par l'unique raison que son système de constatation est défectueux. Pour me convaincre si les habitants préfèrent payer en espèces plutôt que de transporter leurs dîmes en nature aux magasins, j'ai fait, par la loi de l'année passée, autoriser les gardes-magasins et les autres agents du fisc à percevoir aussi les impôts en espèces. Tel était le but de cette loi; ses résultats furent pour la première année, depuis qu'il fut accordé aux citoyens la facilité de trouver le percepteur sous leur main, que jusqu'à la fin de janvier 1860, sur 4,896,298 drachmes d'impôts constatés, 2,374,739 drachmes furent payées en espèces; tandis qu'en 1858, lorsque le percepteur devait être cherché au loin, sur 5,263,931 drachmes les habitants ne payèrent en espèces que 1,752,446 drachmes. La difficulté qu'on met en avant n'est donc pas réelle;

et je crois même que les payements en espèces eussent été plus considérables si les gardes-magasins percepteurs n'avaient pas eu un intérêt contraire, celui de percevoir en nature. Si donc les contribuables, sous le système même des baux, ont toujours payé le tiers de leurs impôts en espèces sur les aires, et si, lorsque les entraves furent levées, ils en ont payé la moitié la première année même où l'essai fut fait, pourquoi n'en pourraient-ils pas payer la cinquième partie après qu'ils auront récolté leurs fruits et qu'ils auront eu le temps d'en vendre une partie?

Ainsi, d'après l'expérience jusqu'ici acquise, le peuple paye plus exactement et plus sûrement en argent les impôts dont la constatation est exacte et juste. La perception, en général, d'après le système existant, est très-difficile et très-oppressive; car la constatation se fait pour chaque espèce d'impôt à part, et chaque contribuable est débiteur pour au moins dix espèces d'impôts à la fois. Cette multiplicité d'impôts a pour conséquence une multiplicité d'époques de payements et de termes, qui ne répondent pas toujours aux époques où il est facile au contribuable de payer; et il arrive souvent que plusieurs impôts s'entassent en un court espace de temps, et peut-être le moins propre aux payements. C'est ainsi que les arriérés commencent. Le premier suffit pour jeter le contribuable dans un dédale de difficultés, car il ne sait jamais quand sa dette sera exigée, pour tenir la somme prête. Il n'y en a qu'un petit nombre qui aient de l'argent mis de côté pour longtemps; il y en a aussi très-peu qui puissent emprunter, car le crédit foncier est peu développé et les emprunts sont difficiles pour le laboureur. Les autres termes arrivant les uns sur les autres, le débiteur devient insolvable; et, poursuivi par le percepteur, il se voit forcé ou d'emprunter, s'il trouve, à un taux très-élevé et ruineux, ou d'obtenir un nouveau délai après mille difficultés et mille pertes, et après s'être exposé aux frais et aux désagréments de la confiscation et de l'emprisonnement; ce délai ne peut être encore que fort court; cette scène est par conséquent souvent renouvelée, et le malheureux paysan, s'il a affaire à un percepteur de mauvaise foi, paye souvent trois fois ce qu'il doit, et sa dette n'en continue pas moins, parce que tout ce qu'il a payé n'était que des pertes, des présents et d'autres frais de cette nature. Il y a une foule de plaintes contre la manière dont se font les poursuites et la per-

ception. Je ne parle pas de celles qui concernent le principe même de la perception des impôts. Elles sont injustes, car il ne peut y avoir de société sans impôts; je n'entends parler que des griefs qui concernent les défauts inhérents à la perception. Comment ces défauts disparaîtraient-ils aussi longtemps que la cause subsistera? Combien de pertes ne subissent pas les paysans, étant tout d'un coup poursuivis pour leurs impôts pendant le temps de la culture et de la récolte? Cependant, comme le payement n'est pas réglé de manière que ce qu'il faut pour couvrir les dépenses soit payé à temps, et qu'au contraire on fait face aux besoins par les recettes de tous les jours, il est difficile de surseoir à la perception. Il y a d'autres circonstances qui doivent aussi concourir à rendre la perception des impôts moins préjudiciable et plus supportable au contribuable ; mais c'est le changement du système financier qui y contribuera avant tout.

D'après le système actuel, l'impôt, comme nous l'avons dit, est levé sur chaque espèce à part. Chaque somme est par conséquent marquée sur un registre particulier, et le total des impôts dus par un citoyen figure sur dix registres au moins, car c'est en autant d'espèces que se divisent les revenus de la plupart des habitants; tels sont les registres des impôts du bétail, des vignes, des constructions, des patentes, des jardins, des cotons, des oliviers, des mûriers, des figuiers, des céréales, des ruches, des tabacs, des amandiers et plusieurs autres. Le premier inconvénient de cette multiplicité de registres consiste dans la difficulté de leur contrôle de la part de l'autorité qui en est chargée. Si nous supposons deux cent mille contribuables, à dix registres pour chacun en terme moyen, le total s'élève à deux millions! Peut-on contrôler ce nombre immense de registres, qu'il faudrait rapprocher de deux millions de reçus? Jusqu'ici du moins, malgré les soins les plus persévérants, le contrôle a rencontré de grandes difficultés, et les efforts qu'on a faits pour arriver à un résultat satisfaisant, sans l'atteindre complétement, ont compliqué le service de la comptabilité, qui, par cette raison, est resté arriéré. Des percepteurs de mauvaise foi en ont profité pour percevoir la plupart des impôts sans éliminer la dette. Il en résultera de graves complications au moment de la liquidation. Mais qu'y aurait-il à faire si le caissier ou le per-

cepteur, qui aurait trompé l'Etat ou les citoyens, était alors insolvable ou mort? Ces inconvénients ne peuvent que très-difficilement être écartés sous l'empire du système actuel, sous lequel notre comptabilité ne pourra qu'être toujours défectueuse; les arriérés iront grossissant, la source des abus sera toujours ouverte, et le contrôle et la surveillance seront difficiles et dispendieux. Ce que je dis, ce sont des faits que prouve l'expérience de tous les jours. Pour arriver à un contrôle plus exact, on a augmenté le personnel des employés, peut-être au delà de la proportion des recettes et des dépenses; et cependant le résultat désiré n'a pas été obtenu. Mais si même un personnel plus nombreux de contrôleurs pouvait y porter remède et obtenir un contrôle exact pour chaque contribuable, faudrait-il avoir recours à ce moyen? L'augmentation du personnel, à moins d'être indispensable (et elle ne l'est jamais lorsqu'une bonne méthode y peut suppléer), est nuisible, car elle augmente les dépenses et soustrait des bras utiles à la production. La multiplicité des places est un mal dont les Etats doivent, autant que possible, essayer de se défendre. Quel aspect présenterait une société qui dépenserait la plus grande partie de ses revenus à payer les employés chargés de la perception et du contrôle de ces mêmes revenus? Ici les percepteurs sont devenus insuffisants, et nous sommes dans la nécessité d'en augmenter le nombre. Il leur est actuellement impossible de percevoir et de rendre en même temps des comptes. La variété des impôts et la multiplicité des registres a rendu si difficile la reddition des comptes, qu'un percepteur est forcé de dépenser la plus grande partie de son temps à rédiger ses comptes, et l'insuffisance du nombre de ces employés rend la perception difficile; aussi les caissiers ne cessent-ils de représenter la nécessité de l'augmentation du nombre des percepteurs.

Je passe maintenant à l'analyse spéciale des articles du projet de loi.

Art. 1er. — D'après cet article, l'impôt sera une part proportionnelle du revenu net, déduction faite de la semence, des frais de culture, etc. L'impôt assis d'après cette base est le seul qui ne diminue pas les capitaux et ne tarit pas les sources de la production. On paye en raison de la production et non des capitaux avancés. Cet impôt sera égal pour tous. Le droit d'usufruit des

terres nationales sera aussi payé en espèces, au taux où il était fixé jusqu'ici; car ce droit n'est pas un impôt, mais bien une redevance de bail, qui est régie par d'autres principes et par d'autres règles. Une fois ce droit fixé en argent, il sera facilement pris comme base pour réclamer le prix du rachat de la propriété. D'après ce système, l'homme appliqué profite et est récompensé de ses soins; le négligent est puni en subissant des pertes, et chacun, forcé de payer son impôt, doit ou cultiver la terre pour en tirer de quoi s'acquitter et plus, ou la céder à des mains plus habiles et plus actives.

Art. 2. — La fixation annuelle des impôts est un principe constitutionnel, et le moyen que la nation s'est réservé pour exercer le droit qui lui revient de surveillance et de contrôle sur le gouvernement. Une loi déterminera la quantité de l'impôt entier et de la part due par chaque province; quant à la répartition aux communes et aux sections, elle sera faite par les conseils d'éparchies et communaux. Par l'article 3, on voit que l'action de ces conseils n'est que pour la forme, car la répartition sera fondée la première année sur les constatations extraites des livres publics, pour les années suivantes sur la proportion adoptée de l'impôt au revenu. Si, par exemple, l'impôt fixé est la dixième partie du revenu, les conseils n'auront qu'à faire l'opération arithmétique. On pourrait penser que leur intervention est par conséquent inutile. J'avoue que j'ai moi-même longtemps pesé cette objection, mais je me suis décidé à l'écarter : 1° parce que je crois que les représentants locaux du peuple doivent avoir leur part à toute opération qui concerne les impôts; 2° parce que dans le cas où les impôts des éparchies et ceux des communes seraient confondus, ce sont les conseils qui sont compétents pour en déterminer la quantité; 3° parce qu'une altération étant survenue à la production d'une commune ou d'une section, et il y a plusieurs circonstances qui peuvent avoir ce résultat, les conseils sont les organes les plus propres à demander la modification de l'assiette des impôts. Du reste, leur intervention ne peut nullement nuire, et sans elle ce sont les corps législatifs qui eussent dû dresser la liste proportionnelle même des sections; or, ce travail serait pénible pour eux et peu sûr dans ses résultats. J'ai préféré à tout autre le système de répartition, d'après lequel la contribution de chaque

section, fixée d'avance, est répartie entre les habitants, car, manquant des moyens d'un arpentage régulier et de garanties sûres pour une estimation exacte, et l'empiétement des terres nationales étant très-facile, j'ai cru nécessaire d'obtenir un contrôle mutuel des habitants en mettant les intérêts individuels en opposition, et en rendant nuisible à l'un le profit illégitime de l'autre. D'après le système consacré par le projet de loi, la section, par exemple, sera imposée de 1,000 drachmes, qui seront réparties aux différentes propriétés. Chacun a donc intérêt à voir, non-seulement que ses propriétés ne soient pas imposées plus qu'elles ne le doivent, mais aussi que celles de son voisin ne le soient pas moins ; car si celui-ci est plus favorisé, le total de l'impôt de la section étant fixe, il faudra que la proportion de chacun des autres contribuables soit augmentée pour couvrir le déficit jusqu'à concurrence des 1,000 drachmes, et ainsi chacun payera, au lieu de 10 drachmes, 11 drachmes ou plus, et le profit de l'un pèsera sur les autres. Il en serait de même dans le cas d'empiétement d'une propriété nationale, car le revenu de cette propriété a été fixé d'abord, aux termes du projet de loi, d'après l'impôt foncier et le droit d'usufruit, qui étaient compris jusqu'ici dans une même constatation. D'après l'article 1er, le droit d'usufruit qui sera payé à l'avenir sera ce qu'il était jusqu'ici, c'est-à-dire qu'il sera pris sur le produit brut. Ainsi, pour en trouver la proportion sur les 1,000 drachmes que nous avons supposé être la contribution totale de la section, il faut estimer le revenu brut des propriétés, et en prendre le droit d'usufruit après avoir déterminé les propriétés qui doivent y être soumises. La détermination du revenu brut et net se fera d'après le projet de loi, conformément à des règles générales ; il n'y a donc aucun danger qui puisse en résulter. Ainsi, le droit de culture, qui serait diminué frauduleusement et par des empiétements, sera nécessairement ajouté comme impôt foncier à la totalité des propriétés, pour compléter la quantité de la section. Les divers intérêts se surveilleront donc et se contrôleront mutuellement, et il est connu que ce contrôle peut être beaucoup plus efficacement exercé par les agriculteurs voisins, qui connaissent bien la qualité, la production, l'espèce et l'étendue des terrains de leurs voisins. Mais ce droit d'usufruit ne sera pas soumis aux variations de l'impôt foncier ; il sera fixé et

réparti une fois pour toutes par une loi. Le système de l'impôt isolé, d'après lequel chaque propriété est imposée indépendamment des voisins, ne pouvait être adopté avec quelque espoir de succès pour toutes les raisons développées plus haut.

La communication de l'extrait de répartition est nécessaire pour permettre aux plaintes, s'il y a lieu, de se produire, d'après l'article 4.

Art. 3. — Toute la fortune immobilière en Grèce est soumise à un impôt égal. Il n'y a nul privilége, nulle exception. Les résultats de la perception sont exactement inscrits sur les livres publics. Ainsi le revenu de l'impôt, jusqu'aux sections, est constaté d'avance ; en prenant cette base pour déterminer le total de l'impôt par éparchies, par communes ou par sections, nous ne commettons aucune injustice, nous continuons ce qui existe, ne pouvant encore y porter entièrement remède, et nous ne nous exposons pas aux risques qu'on a courus ailleurs, et notamment en France, pendant les premières années de la Révolution, où, à cause de l'absence d'un système d'impôts général et uniforme, on manquait de base pour la répartition par départements et communes, d'où il est résulté beaucoup d'injustices et beaucoup d'inconvénients. Pour la première année, tout autre système était impossible. Si nous nous étions éloignés de la règle adoptée avant de connaître le revenu net, nous aurions fixé arbitrairement l'impôt proportionnel sans avoir une base sûre, et nous aurions donné lieu à une foule d'injustices. Du reste, pour arriver à bien connaître la fortune à imposer, il fallait fixer l'impôt d'avance, car autrement les intérêts opposés ne se réveilleraient pas, et la garantie principale pour la découverte de la vérité aurait été ainsi perdue. Les conseils d'éparchies et les conseils communaux proclament, comme il vient d'être dit, le résultat des livres publics, d'après la proportion adoptée, comme la quote-part de la commune ou de la section. Rien donc n'est laissé à leur décision arbitraire.

Mais, pour que l'impôt approche le plus possible de la production véritable, on a pris pour base la production de sept années consécutives, dont on retrancherait la plus et la moins fertile. Dans cet espace de temps, toute variation possible aura pu se produire, par conséquent le terme moyen sera la base la plus vraie d'une assiette régulière des impôts. J'ai hésité à prendre

le terme moyen sur un plus grand nombre d'années, car je ne suis pas sûr de l'exactitude et de la perfection des livres des impôts. Mais, d'après l'article 1er, l'impôt sera pris sur le revenu net, tandis que, d'après celui-ci, c'est sur le produit brut qu'est faite la répartition par éparchies, par communes et par sections. N'est-ce point une contradiction qui contrevient à la vérité et qui détruit l'égalité? L'égalité n'est sans doute pas observée dans la première année pour l'éparchie, la commune et la section ; cependant il n'y a point d'injustice, car on paye, comme nous l'avons dit, pour cette année, ce qui a été toujours payé auparavant, et ce qui sera payé jusqu'à ce que le changement ait lieu. Le terme moyen de ce qui était précédemment payé servira donc comme point de départ pour les différents intérêts, qui, en se heurtant, peuvent conduire à la découverte de la vérité; après que le revenu net, qui servira de base à l'assiette des impôts, aura été connu, l'inégalité qui existe aujourd'hui par éparchie, par commune et par section, disparaîtra graduellement. Et si l'égalité par section ne peut être obtenue immédiatement, elle le sera du moins par contribuable. Qu'arrivait-il jusqu'ici par rapport à la répartition par individu? Les forces productives de la terre étant variées, et les avances pour la culture étant ici un dixième, là les neuf dixièmes de la production, il se faisait, sous le système actuel, que l'un payait en impôt le tout, l'autre un cinquième, un autre un neuvième seulement de son produit net. Ce sont surtout les terres de qualité inférieure qui souffrent de cette inégalité, l'essence du système aujourd'hui en vigueur. Ce n'est donc pas le projet de loi qui établit la répartition injuste entre les sections d'une force productive inégale ; il se voit forcé de l'accepter pour la première année telle qu'il la trouve, pour pouvoir la rejeter plus tard. Nous ne pouvons jamais espérer arriver à une égalité parfaite : l'absolu dépasse les forces humaines ; nous devons rechercher une égalité possible. L'inégalité résultant d'une meilleure culture, du plus ou moins de fertilité, du développement des plantations, est dans la nature invariable des choses, et ne peut ni ne doit disparaître.

Si l'on examine les tables des impôts de toutes les nations, on trouvera partout une certaine inégalité. En France, elle est de 1 à 2 entre les départements, et de plus encore entre les individus. Comment demanderions-nous ce qui n'a été obtenu nulle part?

Toute réduction d'impôt sous le système en vigueur n'aura à cet égard aucun résultat satisfaisant, car nous réduirons également ; si au lieu d'un dixième nous prenons un onzième, la même injustice et la même inégalité sera conservée entre les individus et entre les sections, car celui qui donne aujourd'hui tout son produit net ne gagnera qu'une bien petite partie, et celui qui n'en donne qu'une partie minime gagnera proportionnellement autant, de manière que le premier restera toujours sous le poids de la même injustice. Ainsi, l'inégalité entre les sections et les individus sera conservée avec tous ses inconvénients.

Qu'il me soit donc permis de répéter que le projet de loi n'empire pas la position actuelle, quant à la répartition par section, et qu'il consacre aussitôt l'égalité par individu, et rend en général la répartition des impôts plus équitable. Comme l'impôt sera payé en espèces, il faut nécessairement que ce qui est aujourd'hui payé en nature soit traduit en numéraire.

Art. 4. — Des erreurs pouvant se glisser dans la répartition, il est permis d'en demander le redressement. Les actes à cet effet seront dressés sur papier non timbré, et comme la coopération de plusieurs, surtout quand ce sont des paysans, est difficile, il sera permis même à un seul d'entre eux de demander le redressement.

Art. 5. — Les déclarations ne sont pas la base du projet de loi, mais bien le point de départ des opérations concernant les impôts. Ces opérations ne sont pas superflues, car elles fourniront la matière première qui n'aura besoin que d'être corrigée. Si la terre est une propriété privée ou publique, si elle est labourée tous les ans ou tous les deux ans, si les plantations sont productives ou non, quel est son genre de culture ? C'est le cultivateur lui-même surtout qui peut le dire. Du reste le contribuable, en commençant ainsi l'opération sur l'impôt, peut la continuer à temps et en connaissance de cause. Le système des déclarations en lui-même n'est pas, en effet, très-sûr, car il compte sur l'abnégation, qui n'est pas une vertu très-commune. Mais pourquoi désespérer de la moralité de l'homme? Le système des déclarations est appliqué en Grèce, et n'a pas manqué. En France les déclarations ont manqué tout d'abord, et lorsqu'elles étaient prises comme unique base de l'assiette des impôts ; mais elles ont beaucoup servi lorsqu'on a voulu connaître

par leur moyen l'étendue des terres. Dans le paragraphe 1 on s'est servi des mots : « Il a en sa possession, » pour y comprendre aussi ceux qui cultivent des terres nationales.

D'après le projet de loi il n'y a que les terres qui rendent, qui payeront un revenu; celui qui a en sa possession des terres qui ne donnent aucun revenu, parce qu'elles ne sont ni cultivées ni productives, ne doit pas d'impôt. Le paragraphe 7 concerne les pâturages, que le projet de loi suppose devoir être soumis à un impôt avant que le projet ne soit appliqué ; alors seulement leur revenu formera aussi une partie de la contribution de la section.

Art. 6.— Les déclarations sont remises au démarque, comme la seule autorité qui préside aux intérêts communaux, et celle que le citoyen peut le plus facilement invoquer. La démarchie, à qui les intérêts des habitants sont confiés, doit assurer du cachet de son autorité la légalité et la régularité de l'acte du citoyen.

Art. 7. — J'ai cru nécessaire que la commission, qui sera composée d'habitants des villages, comprenne aussi des habitants appartenant à d'autres communes, qui trouvent leur intérêt dans la sincérité de l'estimation ; car il est vrai que chaque section payera la somme qui lui sera imposée, sans égard à la force productive de la terre ; mais lorsque, le prix du revenu étant tombé très-bas, l'impôt paraîtra très-élevé dans une section, il sera nécessaire de le réduire, et, si cette réduction exerce une influence sur les revenus publics, le Trésor en souffrira, ou bien il faudra que les autres sections suppléent au déficit. Il est donc de l'intérêt des habitants des autres villages que la vérité ne soit pas déguisée. Cet intérêt est plus grand lorsque le produit net est pris comme base de l'assiette des impôts des sections.

Art. 8. — L'estimation prévue par cet article est très-nécessaire. Les estimations sont peu sûres toutes les fois qu'elles touchent aux intérêts de personnes déterminées. La corruption est alors mise en œuvre, et des sentiments de sympathie ou d'antipathie conspirent contre les convictions. Le danger serait donc grand s'il s'agissait d'estimer le revenu de chaque propriété à part. D'après cet article, la force productive des terres de chaque section est fixée indistinctement et en général, ce qui sert aussi de garantie pour la juste répartition par individu ; car, comme il y a des classes, la commission de section ne peut pas ne pas

rapporter les propriétés à chacune d'elles ; mais alors nul ne voudra souffrir que sa propriété occupe une classe plus élevée, et celle de son voisin une classe inférieure, car c'est en raison des classes que l'impôt sera réparti. Si le revenu net était imposé de 10 pour 100, trois strèmes classés dans la première classe, dont le revenu net aurait été fixé à 10 drachmes, payeraient 3 drachmes, tandis que s'ils étaient placés à la troisième classe, dont le revenu net aurait été fixé à 3 drachmes, ils payeraient moins d'un drachme. Il y aura donc des efforts réunis de toutes parts pour que chaque propriété soit attribuée à la classe à laquelle elle appartient. Si la commission était autorisée à fixer aussi la force productive de chaque propriété, l'injustice et la partialité n'auraient pas même de contrôle ; car quel moyen peut-on avoir pour prouver que telle propriété produit plutôt 15 que 10 ou 5? Mais lorsque sur des signes extérieurs, et d'après des règles générales, on fait des classes, la classification de chaque propriété est plus facile, car il devient aisé de lui appliquer les règles générales et les signes distinctifs.

Cette division en classes assure donc les intérêts des citoyens; et, s'il y a quelque erreur, cette erreur concernera la classe entière, car la même règle servira à la détermination de la production de toutes les propriétés dans chaque classe, et, par conséquent, aucune propriété ne sera lésée en particulier. Nous ne croyons pas, nous le répétons, qu'on puisse obtenir l'exactitude, l'égalité et la justice absolues ; ce sont les attributs de la Divinité. Nous ne pouvons que nous efforcer d'en approcher le plus possible, et d'écarter l'injustice préméditée.

En fixant les classes, la commission aura à calculer, d'après des règles générales, les avances et les dépenses contenues dans le revenu brut et le revenu net, afin d'avoir une base relativement vraie pour fixer le droit d'usufruit.

Art. 9. — Il est possible que l'on n'ait pas été très-exact en fixant la proportion de la production de chaque classe, que des erreurs aient été commises dans l'estimation des dépenses, que celle du revenu de toutes les classes ait été tenue trop bas, de manière que l'impôt paraisse à tort trop élevé, ce qui aurait pour résultat une réduction d'impôts préjudiciable à l'Etat et à la société. C'est pour ces raisons qu'il est permis au commissaire des finances de demander une révision toutes les fois qu'il croit

à des erreurs de cette nature. Ces erreurs en moins intéressent aussi les habitants des autres villages, car, dans le cas où les recettes de l'État seraient insuffisantes, leur quote-part serait nécessairement augmentée. C'est pourquoi le droit leur est aussi accordé de demander la révision, et c'est pour cette même raison que les membres de la commission de révision doivent être pris parmi les habitants des autres villages.

Art. 10 et 11. Les fonctions de la commission dont il est ici question sont des plus importantes, et ont une grande influence sur le succès de la loi. C'est pour cette raison qu'il a fallu avoir soin d'en écarter les influences étrangères, afin qu'il n'y eût que les intérêts concernant l'impôt qui fussent en présence. Il est nécessaire que les membres de la commission aient des connaissances locales et soient des hommes d'honneur et irréprochables. Si l'élection était faite par le conseil communal, les divisions et les passions de parti pourraient prévaloir ; si c'était le sort qui en décidait, la commission pourrait se trouver composée d'hommes peu propres à remplir ces fonctions ; il pourrait en être de même si les membres étaient élus par l'autorité. L'élection, faite par des hommes qui ont un intérêt immédiat à ce que la commission fonctionne bien, est la meilleure des garanties. Dans la circonstance actuelle surtout, la nomination des membres de la part du gouvernement ne réussirait probablement pas, car elle serait faite sans une connaissance exacte des personnes, et par suite de renseignements incomplets. Ici les intérêts sont bien distincts : ce que l'un gagne est enlevé à l'autre. On ne peut admettre que l'élection soit le produit de l'influence locale, car dans ce cas les influences en tireraient profit aux dépens d'autres, qui cependant prendraient aussi part à l'élection. Nous doutons qu'elle puisse résulter davantage d'une entente commune de plusieurs personnes. Aux dépens de qui ces complices feront-ils leur profit, et quels sont ceux qui, étant les plus rapprochés de l'élu, profiteront aux dépens de tous les autres ? Car nul ne profite sans que ce soit au préjudice de quelqu'un. Il est donc à présumer que dans l'élection ce ne seront ni les influences, ni les divisions de parti qui l'emporteront, mais bien la réflexion saine. Chacun est intéressé à ce que la commission fonctionne d'une manière sincère et impartiale ; cependant, pour plus de sûreté encore, il est permis à la mino-

rité, si elle comprend au moins le quart des électeurs, d'élire aussi un membre à elle dans la commission. Les électeurs sont tous les contribuables qui figurent sur les livres publics, par conséquent aussi les femmes, qui, lorsqu'il est question d'un intérêt matériel, ont le droit de coopérer à l'assurer. Je crois cependant nécessaire de laisser à l'autorité le droit d'annuler l'élection toutes les fois qu'elle est entachée d'illégalités, telles que ses résultats en puissent être influencés ; sans cela les élections pourraient être faussées.

Art. 13. — La commission de section sera présidée par le commissaire des finances, qui est l'homme intéressé à ce que la qualité et l'étendue des terres soient fixées le plus exactement possible, car autrement la perception serait plus difficile, tandis qu'il est de son devoir, aussi bien que de son intérêt, de la faciliter. Ainsi la minorité, si elle était opprimée, trouverait en lui un défenseur constant, qui s'entendrait avec le membre élu par elle. Mais, pour plus de garantie d'impartialité, les propriétés des membres de la commission seront classifiées par une commission qui sera nommée au sort, après que la commission de section aura terminé son travail. Ainsi les membres de cette dernière, ne connaissant point quels sont ceux qui seront élus pour classifier leurs propres propriétés, éviteront de commettre des injustices, de peur que celui qui en aurait été victime ne se trouvât désigné par le sort et ne devînt leur juge.

La commission de section a le devoir de modifier les déclarations défectueuses, d'inscrire les propriétés qui n'y seraient pas contenues, et de distribuer chacune des terres ou des propriétés à l'une des classes énoncées dans l'article 8. Ce ne sont que des hommes de la même section qui peuvent se livrer à ce travail, car ce sont eux qui peuvent connaître l'étendue au moins approximative et la qualité des propriétés avoisinantes, et qui ont un intérêt direct à ce que la vérité ne soit pas déguisée. L'opposition des intérêts, l'inspection et le contrôle mutuel, sont les moyens par lesquels le projet de loi cherche à arriver à la connaissance de la vérité. Mais si la vérité n'est pas obtenue par la première épreuve, le recours est ouvert à la justice et aux lumières d'une autre commission, qui juge alors sans appel. L'affaire sera, pour ainsi dire, épuisée quand elle viendra devant cette seconde commission ; elle aura été bien préparée par la première com-

mission, dont les fonctions sont en substance celles d'une enquête.

Comme les plantations des vignes de Corinthe ne donnent dans les trois premières années aucune espèce de revenu, j'ai cru que celui qui en est retiré depuis la cinquième jusqu'à la septième année ne devait pas encore être compté comme un revenu de plantations, afin de dédommager l'agriculteur de l'impôt qu'il a payé de ses champs pendant les années où il n'en retirait rien. Je crois difficile toute autre mesure pour des plantations sur des terres qui pendant les dernières années étaient considérées comme des champs, car leur impôt contribuera à former le terme moyen de l'impôt par section. Si on les tenait libres de tout impôt, on surchargerait les autres propriétés qui payeraient le déficit. Ce n'est pas, il est vrai, d'après la même mesure que seront imposées les plantations qui sont à la veille de porter du fruit et celles qui viennent à peine d'être faites. Les premières auront un avantage ; mais ce n'est pas de cela qu'il est ici question, il s'agit de faire que les secondes ne soient pas injustement traitées. Ceux qui voudront planter des terres cultivées n'auront pas à se plaindre ; l'impôt étant assis sur le revenu, chacun aura à payer celui qui aura été fixé pour lui, pouvant faire de sa propriété l'usage qu'il voudra ; les résultats, bons ou mauvais, ne regardent pas le public. Ainsi, pour les plantations nouvelles, c'est avec la connaissance de toutes les conséquences que le contribuable plantera son champ. Quant aux autres plantations, je crois juste que la production principale soit prise comme base de leur classification.

Art. 14. — Il est bien connu que les contribuables présentent rarement leurs plaintes dans les termes voulus par la loi, car plusieurs d'entre eux, ne sachant ni lire ni écrire, ignorent les termes aussi bien que les formes, qui sont souvent si multiples et si compliquées que le paysan ne peut s'y conformer ; pour en prendre même connaissance d'après le règlement existant sur les publications, il doit parcourir continuellement les lieux publics, et chercher des renseignements dans les extraits affichés ou dans les archives de la commune. On comprend combien ce travail lui est difficile : il exige la connaissance des lois, de l'expérience et des sacrifices de temps et d'argent, car le paysan est forcé de rester loin de sa maison et de ses affaires. C'est pour-

quoi il est rare que les plaintes et les oppositions des contribuables soient présentées à temps et dans les formes voulues, et les citoyens deviennent ainsi le plus souvent victimes de ces irrégularités. Le peuple comprend difficilement qu'un terme passé puisse faire perdre des droits positifs, et il ne cesse d'accuser le gouvernement d'être injuste envers lui, et de sacrifier ses droits en le rançonnant. Cette opinion prend même tellement créance chez lui qu'il néglige souvent tout à fait de formuler ses plaintes. J'ai donc cru qu'il était nécessaire que les extraits fussent immédiatement communiqués à la justice intéressée, et qu'il fût fait ce que les contribuables considèrent comme le plus simple et le plus naturel. « M'en avez-vous averti ? demandent-ils lorsqu'on leur dit que le terme est passé ; je ne le savais pas. » C'est ainsi que le contribuable aura tout le temps et tout le loisir d'examiner et de demander le redressement du tort qui lui aura été fait ; les intérêts seront assurés, les convictions cesseront d'être défavorables à l'autorité, et le contrôle mutuel sera mieux exercé ; car le paysan, étant en position de découvrir et de dénoncer les actes d'injustice et de partialité, et y ayant intérêt, aura soin de le faire.

Art. 15. — Un délai de quinze jours, depuis celui de la remise de l'extrait à la maison du contribuable, est sans doute suffisant ; mais lorsque l'opposition porte contre un tiers, il est nécessaire que celui-ci aussi en prenne connaissance, pour qu'il soit à même de soutenir son bon droit. Tous les habitants ont le droit d'opposition, car tous y ont intérêt ; mais il doit être également reconnu à l'intendant des finances, afin qu'il puisse déjouer un complot que tous ensemble pourraient former pour diminuer les impôts.

Art. 16. — La commission dont il est ici question résoudra définitivement et sans appel toute contestation. C'est sur ses conclusions que sera formé le cadastre, et que la fortune imposable de chacun sera déterminée. Ses attributions sont donc importantes, et le succès de tout le système en dépend. Aussi ai-je donné une attention particulière à la manière dont elle serait composée. L'expérience, la connaissance du pays et de l'objet dont elle s'occupera, une stricte impartialité, voilà les qualités principales qui doivent être exigées d'elle ; mais il est difficile de les trouver réunies. La connaissance du pays suppose

un homme qui y ait longtemps demeuré, ou qui en soit habitant, qui, par conséquent, y ait des intérêts et des sympathies dont il pourrait être influencé. Celui au contraire qui, étranger au pays, pourrait être impartial envers tous, serait privé des connaissances nécessaires. Les connaissances pourraient bien être acquises par une étude approfondie, par des examens consciencieux ; mais il n'en est pas de même de l'impartialité. J'ai donc cru préférable que cette commission fût composée de personnes qui n'aient aucune raison de partialité ; pour former ses convictions, elle peut se livrer à toute enquête et à tout examen.

Le commissaire des finances y prendra part, en qualité de rapporteur, sans voix délibérative ; outre les connaissances que lui donne son service, il y portera aussi toutes celles qu'il aura puisées dans les sections dont il était le président ; car c'est devant ces commissions de sections qu'auront été discutés tous les droits, toutes les plaintes et toutes les oppositions ; du reste, sa présence est aussi nécessaire, car l'Etat est le plus grand des propriétaires, et beaucoup de ses plus importants intérêts y sont en jeu. L'Etat est aussi intéressé à ce qu'il n'y ait pas de fausses estimations. Comme toute demande de réduction intéresse tous les habitants, cette demande est portée à la connaissance de tous, aussi bien que le jour où elle sera jugée, afin qu'ils puissent se présenter de leur côté et prouver, s'ils le croient utile, que la demande n'est pas fondée. Pour plus de sûreté, la commission obtient le droit d'assermenter les témoins et les experts.

Art. 17. — Après que cette commission aura définitivement statué sur les plaintes qui lui auront été soumises, on dressera une table définitive qui servira de base au rôle. Mais, comme des erreurs peuvent encore s'y être glissées, de nouvelles plaintes sont admises, qui seront prises en considération dans l'année suivante.

Art. 18.—Le rôle est la liste des propriétés, dans laquelle figureront les terres de chacun nominativement, la classe à laquelle elles auront été réparties, leur revenu annuel et tout le reste.

Art. 19. — L'impôt exigé de chaque section étant connu, aussi bien que le revenu imposable, il est facile d'en déterminer la proportion, c'est-à-dire si l'impôt en sera la dixième, la vingtième partie, etc. C'est d'après cette proportion que l'impôt sera réparti par le commissaire des finances. L'opération, comme

on le voit, n'est que de simple comptabilité ; mais comme des fautes y peuvent aussi être commises, le droit de révision est accordé. Les termes peuvent être prolongés par ordonnance royale, s'ils sont insuffisants. Il est sans doute difficile de les fixer d'une manière rigoureusement juste, lorsqu'il s'agit de l'application d'un nouveau système.

Art. 20. — Le payement de l'impôt a été divisé en cinq portions égales, à des délais dans lesquels le contribuable aura eu le temps de récolter ses produits et d'en disposer. Demander au paysan de l'argent à des époques où il n'a pas encore récolté pour avoir de quoi payer, exercer contre lui des poursuites dans des moments où il se livre aux travaux des champs et ne peut en être distrait pour d'autres occupations, c'est le ruiner. Et cependant il est impossible que les poursuites soient autrement faites d'après le système en vigueur. Si les payements peuvent être fixés à des époques où ils sont possibles, et que les contribuables, comprenant leurs véritables intérêts, se conforment à ce système, le résultat sera excellent et pour le fisc et pour le peuple. Les abus et les pertes qui peuvent avoir lieu cesseront, le contribuable ne sera pas le jouet du percepteur, et les arriérés ne pèseront pas sur le citoyen et ne lui enlèveront pas sa liberté. Aussi longtemps qu'on n'aura pas obtenu ce résultat, qu'on demandera des impôts lorsque le contribuable n'aura pas d'argent, et qu'il ne lui sera pas facile d'emprunter, les arriérés ne pourront manquer et se grossiront d'intérêts, de frais de poursuites, etc. ; ils dépasseront graduellement les ressources du débiteur, d'autant plus que les termes de payements des impôts annuels se succèdent rapidement. La position du citoyen devient ainsi très-précaire, malgré le bon vouloir de l'autorité et malgré tous les efforts qu'elle fait pour l'améliorer.

Art. 21. — L'impôt sera annuellement assis sur les terres, d'après les bases du rôle ou du cadastre.

Art. 22. — L'impôt suit la production et est à la charge de l'usufruitier. Afin d'éviter les confusions et les anomalies, on a fixé un terme après lequel tout changement qui surviendrait n'aurait de conséquence que pour l'année suivante. Cette disposition ne lèse personne, car chacun est averti pour sauvegarder ses intérêts.

Art. 23.— Il est juste que toute nouvelle culture, dont le pro-

duit n'a pas été imposé, contribue aussi pour sa part. Elle ne doit pas jouir d'immunité, et son impôt ne doit pas non plus être compris dans celui de la section. Toute terre qui produit doit contribuer pour les besoins publics. Quant aux terres couvertes de broussailles ou de marais, dont la culture entraînera des frais qu'il est douteux que le revenu net puisse couvrir, elles sont exemptes d'impôts pour quelques années. Il en est de même des nouvelles plantations sur des terres restées pendant longtemps incultes. Il est à espérer que, par ces primes d'encouragement, des capitaux et des soins seront appliqués à la culture et à la plantation des terres de cette nature.

Art. 25. — Chacun doit son impôt en raison de son revenu net, et tout impôt au delà de cette proportion est injuste. La loi devait donc nécessairement autoriser l'élimination d'impôts qui ne sont pas réellement dus, et qui figurent cependant comme s'ils l'étaient. Autrement l'impôt par strème serait injuste et déraisonnable.

Art. 26. — Afin que les droits et les intérêts des citoyens ne dépendent pas du bon plaisir des autorités, il est dit que la remise faite dans les termes voulus d'une demande ou d'une déclaration, a pour conséquence la décharge de l'impôt. Cette disposition est justifiée par l'expérience de tous les jours, qui prouve que beaucoup de droits ont été perdus par la négligence des agents compétents. Si des pertes résultent de la faute des autorités, ce seront elles qui en supporteront la responsabilité.

Art. 27. — Comme toute amélioration et tout progrès est libre d'impôt au profit du contribuable, de même il est juste que toute perte soit à sa charge. Et cependant, comme l'Etat ne doit pas être très-minutieux à l'égard des intérêts des citoyens, il est permis, dans le cas où la production aurait en effet sérieusement souffert, de diminuer les impôts ou les droits d'usufruit, ou d'en faire remise. L'Etat n'y est pas obligé, mais il peut le faire. L'obligation de l'Etat et le droit du citoyen n'existent que dans le cas où l'on aurait marqué pour le citoyen un revenu qu'il n'a pas, mais non pas pour celui où il aurait eu des pertes de son revenu. Si tout dommage donnait naissance à un droit de réduction, l'état des finances deviendrait très-précaire.

Une loi spéciale réglera l'application de ces dispositions.

Art. 28. — Le démarque étant le premier organe de l'application de la loi, il faut qu'il s'en occupe activement. Des punitions sont édictées pour le cas de mauvaise volonté.

Art. 29. — Il faut aussi infliger des punitions au particulier de mauvaise foi, d'après le paragraphe 1. La peine est sévère pour celui qui cache complétement, ou qui indique faussement les terres nationales qu'il cultive comme lui appartenant en propre; car des fautes pareilles ne se commettent que sciemment, tandis que dans le cas du paragraphe 2 on peut supposer l'ignorance. C'est pourquoi on détermine un minimum de peine, et on laisse au juge le soin d'appliquer celle qu'il croirait convenable. J'avoue que la déclaration exacte est très-difficile de la part du contribuable, privé de moyens sûrs et scientifiques d'arpentage. Il faut, par conséquent, que l'omission soit grande, et telle qu'elle puisse en toute probabilité être considérée comme volontaire.

Art. 30. — Tout membre de la société doit donner son assistance. Quiconque s'y refuse sans une raison valable est puni.

Art. 31. — Comme les communes seront soumises à quelques dépenses, j'ai cru juste qu'elles prennent une partie des amendes. En outre cela contribuera peut-être à stimuler le zèle et l'activité des employés communaux pour l'application exacte de la loi. C'est pour le même motif qu'une partie de l'amende est allouée à celui qui dénonce.

Art. 32. — Les dépenses exigées ne peuvent être connues ni déterminées d'avance. Il est par conséquent préférable qu'elles soient fixées par ordonnance royale. Ce n'est qu'après expérience qu'il sera possible de connaître combien et pour combien de temps il faut rétribuer; car il est difficile qu'on se charge gratuitement et pour plusieurs jours d'un service aussi difficile et aussi laborieux. Mais le crédit sera demandé aux Chambres d'après la loi.

Art. 33. — J'ai pris cette disposition dans la loi financière en vigueur. J'avoue qu'elle n'est ni régulière ni en rapport avec les principes de la stricte justice, et cependant sans elle plusieurs droits du fisc eussent été perdus, parce que les empiétements se seraient immensément multipliés. Cette disposition est donc juste à cause du grand intérêt du fisc, mais seulement jusqu'à ce qu'il y ait un cadastre qui distingue la propriété privée de la

propriété publique; le gouvernement doit s'en occuper activement. Au reste, cette disposition ne lèse les intérêts privés qu'en tant qu'un moyen d'acquérir la pleine propriété de biens nationaux, celui de la prescription par une possession de plusieurs années, est provisoirement enlevé par cette mesure. Il est à désirer que cette irrégularité disparaisse au plus tôt.

Art. 34. — Cette disposition règle l'impôt dû par ceux qui auraient sans autorisation planté sur des terres nationales. Il n'existe pas d'autre loi qui concerne cette relation. Quant à la seule disposition de l'article 1, § 3, elle peut laisser des doutes pour l'avenir.

Art. 35. — Pour que les registres des impôts puissent être définitifs et sûrs, il était nécessaire de mettre un terme au delà duquel des altérations ne seraient plus permises pour la même année financière.

Art. 36. — Avant que les impôts ne commencent à être perçus d'après le projet de loi, il est nécessaire que le rôle des propriétés soit dressé. En attendant, les impôts seront perçus d'après le système actuellement en vigueur. Nous échappons ainsi aux dangers et aux doutes.

J'ai essayé d'exposer avec le plus de concision possible, et de la manière la plus claire, les raisons qui ont dicté les bases et les détails de ce projet. Je m'estimerai heureux si j'y ai réussi, car j'ai la conviction qu'il ne saurait être blâmé que dans le seul cas où on ne le comprendrait pas complétement.

J'avoue que ce projet de loi n'est pas simple; je connais tous les avantages de la simplicité; mais ici nous avons besoin de garanties plutôt que de simplicité; nous avons besoin d'assurer par diverses combinaisons les droits et les intérêts des citoyens. Qu'y a-t-il de plus simple et de plus aisé que la nomination d'une commission qui réglerait tout en peu de temps? Mais quelle est alors la garantie pour le fisc ou pour le citoyen? Lorsque la simplicité enlève des garanties, elle n'est pas un bienfait, elle est un vice. L'application de cette loi exigera du temps et des efforts. Mais n'oublions pas qu'il s'agit d'un cadastre qui, une fois dressé, servira pendant plusieurs années à l'avenir, comme base de l'assiette des impôts. Un tel travail ne peut ni ne doit être fait à la hâte.

Ce cadastre, qui sera fait d'après les dispositions de la loi,

sera sans doute loin de la perfection des cadastres qui coûtent à d'autres Etats de l'Europe des millions, un grand nombre d'années et des peines immenses. En France, le changement du système des impôts a été adopté en 1791, il a continué à travers mille péripéties, et ce n'est que tout dernièrement qu'on peut dire qu'il soit arrivé à son terme, et encore pas tout à fait libre d'erreurs. Et comment prétendre qu'en Grèce, où manquent encore la science et les moyens matériels, nous arrivions au but aussitôt et sans effort? Ne cherchons donc pas à arriver vite et à arriver sans peine, mais n'épargnons aucun sacrifice pour obtenir des résultats aussi parfaits que possible. Commençons, il en est temps.

Le système financier exerce la plus grande influence sur le progrès général, sur l'état moral et politique de la société. Sous un mauvais système, où tous les intérêts du citoyen dépendent du bon plaisir du collecteur des impôts, qu'il soit fermier ou percepteur public, il n'est pas facile que l'Etat soit libre, que les citoyens aient de l'honneur, du caractère et de la volonté. La question des impôts est donc de celles qui doivent surtout nous occuper. Mais là où, comme en Grèce, les moyens de la science et de l'art font défaut, et où il y faut suppléer par des combinaisons et par l'opposition des intérêts, il n'y a que la bonne volonté et le concours éclairé de la société et de vous, messieurs, qui puissent assurer d'heureux résultats. Si ce concours est sincèrement offert par tous, comme j'en ai la ferme conviction, j'espère que ce lit de Procuste des impôts, sur lequel la Grèce a subi tant d'années de tortures, sera brisé à tout jamais.

Athènes, le 24 février 1860.

A. Coumoundouros,
Ministre des finances.

RECHERCHES HISTORIQUES

SUR LA THÉORIE DU RAPPORT.

(Suite [1].)

CHAPITRE II.

DROIT ANCIEN.

Dans un premier travail [1], nous avons développé la théorie de la *collatio bonorum*, depuis son origine jusqu'à Justinien.

A sa dernière époque, la *collatio bonorum* se rapproche, comme nous l'avons dit, du *rapport* tel qu'il existe aujourd'hui. On avait entièrement abandonné le point de vue primitif qui consistait dans une indemnité imposée aux enfants émancipés au profit des héritiers siens.

Rappelons seulement nos dernières conclusions :

1° Tous les descendants qui venaient *ab intestat* à la succession d'un ascendant paternel ou maternel devaient la *collatio* ou le rapport de tout ce qu'ils avaient reçu du défunt, soit à titre de donations entre vifs ou *propter nuptias*, soit à titre de dot.

2° L'obligation de rapporter cessait ou par la renonciation du descendant à la succession de son ascendant, ou par la dispense du rapport accordée par le défunt.

3° La *collatio bonorum* embrassait, depuis Justinien, les hérédités testamentaires recueillies par les descendants, à moins que le testateur n'en eût dispensé.

4° La *collatio* ne s'appliquait pas aux successions en ligne directe ascendante ou en ligne collatérale.

5° Les qualités d'héritier et de légataire étaient compatibles.

Nous allons actuellement rechercher les principes du rapport dans le droit ancien qui forme le deuxième chapitre de cette étude.

Ce chapitre sera divisé en trois sections : la première ayant

[1] Voir *Revue historique*, cinquième année, p. 449.

trait au droit écrit qui régissait le midi de la France; la seconde au droit antérieur aux coutumes, qui régissait principalement les pays du nord et est désigné sous le nom de *droit barbare;* la troisième relative au droit coutumier.

PREMIÈRE SECTION. — *Pays de droit écrit.*

A. On suivait, en matière de successions testamentaires ou *ab intestat*, les principes du droit romain.

Serres, qui, dans le dernier siècle, composait, pour les pays de droit écrit, ses *Institutions du droit français*, dit, après avoir fait allusion aux principes du droit coutumier[1] : « Dans les pays de droit écrit, au contraire, la succession légitime ne vient qu'après la testamentaire, parce qu'il est libre d'y disposer, par testament, de tous ses biens comme l'on veut, » et il signale ensuite la novelle 118, comme servant de règle dans ces provinces.

B. A la page 400, le même auteur traite du rapport. Il s'exprime ainsi : « Il faut savoir que les enfants ne peuvent pas prendre leur part de la succession de leur père ou mère, qu'ils ne rapportent dans la masse des biens les donations, soit en faveur du mariage ou autres donations entre vifs, et les dots qu'ils peuvent en avoir reçues, *comme le tout étant censé leur avoir été donné en avancement d'hoirie.* » Il étend cette obligation aux petits-enfants, et il ajoute : « Ce rapport, dans l'ancien droit, n'avait lieu qu'en la succession *ab intestat* et non dans la succession testamentaire, à moins que le testateur ne l'eût expressément ordonné; mais par le droit nouveau, il a lieu non-seulement lorsque l'on veut prendre part dans la succession *ab intestat*, mais encore en la succession testamentaire, c'est-à-dire entre des cohéritiers à titre universel institués par un testament, et dans les cas auxquels il aurait eu lieu *ab intestat*, sinon que le testateur l'ait défendu ou ait dispensé expressément du rapport. »

A la page 401 : « Le rapport dont on vient de parler n'a lieu au surplus qu'entre les enfants qui succèdent ou héritent à titre universel, mais non pas entre les héritiers particuliers[2], non

[1] Liv. III, tit. I, p. 394.

[2] On ne voit pas bien ce que Serres entend par *héritiers particuliers*. Il cite la loi 39, § 1, *Fam. ercisc.*, au Digeste; mais cette loi indique seulement un cas où le défunt a dispensé tacitement de la *collatio dotis*.

plus qu'entre les légataires, ni entre l'héritier universel et les légataires.

« Il n'a pas lieu non plus entre les étrangers ou non descendants institués héritiers, ni même entre les ascendants qui succèdent à leurs descendants, ni entre les collatéraux.

« Les enfants ne sont pas tenus de rapporter, comme nous l'avons dit, les donations que l'ascendant donateur a voulu en être exemptes, *non plus que les prélégats qui leur ont été faits*, ni les donations que les ascendants leur ont faites par préciput et avantage. »

On voit que Serres reproduit tous les principes du droit romain que nous rappelions tout à l'heure.

Citons encore Despeisses qui a traité des rapports d'une manière étendue.

Il s'exprime ainsi [1] : « Mais les enfants ne peuvent pas prendre leur part dans la succession de leurs parents, qu'ils ne rapportent les biens qu'ils en ont reçus ; ainsi, ils ne peuvent pas avoir part en leur succession lorsqu'ils ne veulent pas rapporter les donations qu'ils en ont reçues... Pareillement, la fille qui ne veut pas conférer la dot qu'elle a reçue de son père ne peut pas avoir part en l'hérédité d'icelui. »

L'auteur cite l'ancien droit romain et continue : « Mais aujourd'hui le rapport a lieu entre tous les enfants, sans avoir égard à l'émancipation ni à la puissance paternelle; ainsi, l'enfant qui était en la puissance du père est obligé de rapporter aux autres enfants émancipés ou non ce qu'il en a reçu, soit par dot ou donation en faveur de mariage, soit par simple donation... Pareillement, les enfants émancipés rapportent non-seulement à ceux qui étaient en la puissance du père tous les biens qu'ils en ont reçus, mais aussi aux émancipés tant la dot ou donation en faveur d'un mariage que les simples donations.

« Comme aussi les enfants qui succèdent à leur mère sont obligés de rapporter tant la dot ou donation en faveur de mariage qu'ils ont reçue d'elle que les simples donations. »

Dans la première partie de ce travail, nous avons rapporté les décisions de Justinien, dans la novelle 97, pour le cas où le mari qui devait restituer la dot à la femme était devenu insolvable.

[1] 2e vol., p. 464, n. 19.

Despeisses (p. 465) en fait l'application de la manière suivante : « Seulement, lorsque la dot donnée par le père ou la mère à leur fille s'est perdue entre les mains du mari qui est décédé insolvable, la fille qui veut succéder à celui de ses parents qui lui avait donné la dot n'est pas tenue de rapporter ladite dot à ses frères et sœurs; mais seulement l'action qu'elle a contre les héritiers de son mari, pourvu qu'elle n'ait point été en faute de n'avoir répété la dot pendant son mariage, en cas qu'elle le pût faire, même sans consentement de son père... Si elle a été en faute, elle est obligée de rapporter ladite dot et non l'action. »

Si la femme était mineure de vingt-cinq ans, soit émancipée, soit en puissance, elle était tenue de rapporter non la dot, mais l'action qu'elle avait contre la succession de son mari.

L'auteur termine sur ce point en ajoutant : « Ce qui est dit du rapport de la dot ou de l'action d'icelle, lorsque la fille succède à ses père ou mère, a lieu aussi lorsqu'elle succède à ses aïeul ou aïeule qui ont constitué la dot. »

Pour que le rapport fût dû par les descendants venant à la succession des ascendants, il n'était pas nécessaire que les donations fussent faites directement aux descendants eux-mêmes ; ils devaient rapporter les donations qui étaient présumées leur avoir été faites d'une manière indirecte, en considération de leur personne.

Le même Despeisses[1] dit : « Parce qu'on présume que les aïeul et aïeule donnent à leurs petits-fils en considération de l'enfant en premier degré, il est obligé de rapporter cette donation s'il veut avoir part en la succession des donateurs; ainsi, le père est obligé de rapporter ce que l'aïeul paternel auquel il veut succéder a donné à son petit-fils. Il en est de même des donations de l'aïeule paternelle. Pareillement, la mère est obligée de rapporter ce que les aïeul ou aïeule maternels auxquels elle veut succéder ont donné à ses enfants.

« Comme aussi, puisque l'enfant en premier degré est obligé de faire ce rapport, il est bien raisonnable que les petits-fils rapportent en la succession ce qui leur a été donné par leurs aïeuls ou aïeules ; ainsi, les petits-fils doivent rapporter en la succession de leur père ce qui leur a été donné par l'aïeul paternel, pareil-

1 2e vol., p. 465 et 466, n. 20.

lement ce qui leur a été donné par l'aïeule paternelle ; et, en la succession de leur mère, ce qui leur a été donné par l'aïeul et aïeule maternels [1]. »

L'auteur ajoute que si les donations avaient été faites à la seule considération des petits-fils ou petites-filles, les enfants du premier degré ne devaient pas le rapport à la succession de leur père (aïeul donateur) ; d'un autre côté, les petits-fils et petites-filles ne devaient pas le rapport à la successsion de leur père ou mère.

Plus loin, il enseigne que les petits-fils venant par représentation sont obligés de rapporter ce que leurs aïeuls ou aïeules ont donné à leur père ou mère.

En résumé, Despeisses assujettissait à l'obligation du rapport :

1° Les fils et filles succédant à leur père et mère, pour les donations faites aux petits-fils et petites-filles issus d'eux ;

2° Les petits-fils et petites-filles succédant à leur père ou mère, pour les donations qu'ils avaient reçues de leur aïeul ou aïeule, et qui étaient censées faites en considération de leur père ou mère auxquels ils succédaient ;

3° En cas de représentation, les petits-fils ou petites-filles devaient rapporter à la succession de l'aïeul ou aïeule les donations faites à leur père et mère prédécédés.

Il ne disait rien des donations faites au mari de la fille ou à la femme du fils.

Le même jurisconsulte consacre les principes du droit romain que Serres nous rappelait tout à l'heure.

« Le rapport a lieu aujourd'hui, dit-il (p. 467), indifféremment entre tous héritiers, soit testamentaires ou *ab intestat*, sinon que le testateur l'ait défendu. »

Il s'agit des descendants, car ailleurs Despeisses dit : « que le rapport n'a lieu ni entre héritiers étrangers, ni en ligne ascendante, ni en ligne collatérale. » En voici le motif (p. 469, n° 32) : « On ne peut pas dire que ce que le frère a eu des biens de son frère vivant, ou un autre collatéral de son collatéral, ou l'ascen-

[1] Despeisses cite la loi 6 au Digeste, *De collatione bonorum*. Voir l'explication de ce texte par M. Pellat, *De jure dotium*, à propos de la loi 79 de ce dernier titre (liv. XXIII, tit. III). On verra que cette loi pouvait offrir un argument d'analogie, quoique le jurisconsulte romain n'examinât pas une question relative à la *collatio bonorum*, mais bien à la dot profectice.

dant de son descendant, lui ait été baillé en avance et en diminution de l'hérédité future de son frère ou autre collatéral, laquelle ne lui était pas due, ni par l'ordre de la nature ni par le vœu des parents, comme il arrive lorsque les descendants succèdent à leurs ascendants. »

Du reste (p. 468, n° 30), « l'enfant qui répudie l'hérédité de son père n'est pas obligé de rapporter ce qui lui a été donné par lui, » et à la page 469 (n° 35), il ajoute : « L'enfant n'est pas obligé de rapporter les donations que le donateur a voulu être exemptes du rapport..., ni ce que son père a dit lui donner par préciput et par avantage..., ni pareillement les prélegs. »

Ces derniers mots prouvent que dans les pays de droit écrit les qualités d'héritier et de légataire étaient compatibles.

Ce dernier point ne saurait être douteux, et de Laurière, sur les *Institutes coutumières* de Loisel [1], cite Bouteillier qui écrivait dans sa *Somme rurale* au quinzième siècle : « Il n'est pas défendu *par la loi écrite* que aucun ne puisse bien être aumosnier et parchonnier d'aucune chose, *combien que maintes coutumes soient contraires* [2]. »

Cependant Le Brun et Ricard enseignaient une doctrine différente.

Ricard [3] dit : « Pour ce qui est du droit romain, après avoir longtemps varié sur cette matière, ainsi qu'il se peut voir au titre du Digeste et du Code *De collationibus*, il demeure présentement établi, par la novelle 18 de l'empereur Justinien, que les descendants ne peuvent pas avoir conjointement la qualité d'*héritier* et de *légataire*, ou donataire de leurs ascendants. »

[1] *Testaments*, liv. II, tit. XIV, n. 12.

[2] De Laurière explique ainsi ces expressions *aumosnier* et *parchonnier* que nous retrouverons dans les coutumes : « On a remarqué ailleurs qu'en Occident les legs pieux furent d'une si grande obligation, qu'on alla jusqu'à refuser le viatique et la sépulture à ceux qui décédaient sans vouloir laisser une partie de leurs biens à l'Eglise et aux pauvres, et comme, dans ces temps-là, l'usage n'était que de faire des legs pieux, les exécuteurs testamentaires furent nommés par cette raison *eleemosynatores*, *eleemosynarii*, *erogatores*, *erogatorii*. Les légataires, par la même raison, furent appelés *aumosniers*, et les bourses que les femmes avaient à leur côté des *ausmonières*. En sorte que Charondas, dans ses notes sur la *Somme rurale* de Bouteillier, a très-bien rendu les termes d'*aumosnier* et de *parchonnier* par ceux de *légataire* et d'*héritier*. »

[3] *Traité des donations*, 1er vol., p. 169, n. 640.

Le Brun [1] s'exprime ainsi : « Il est certain qu'aux termes de la novelle 18, ch. VI, le rapport et l'incompatibilité des qualités de donataire, ou *légataire* et *héritier*, ne sont établis que pour la ligne directe et non point pour la collatérale, etc. »

C'était là une erreur, et Merlin [2] l'a relevée énergiquement, en ces termes : « Une pareille doctrine prouve très-clairement que tous ces auteurs (Merlin en désignait d'autres, notamment Rousseau de Lacombe) ne se sont pas donné la peine de lire le texte sur lequel ils l'ont fondée; » puis, il donne l'analyse de la novelle 18 et cite les nombreux textes du droit romain qui justifient que les qualités d'héritier et de légataire étaient parfaitement compatibles.

Le même auteur [3] ajoute : « Les provinces qui se gouvernent par le droit écrit se sont conformées à la jurisprudence romaine sans difficulté ni restriction, et actuellement encore elles ne connaissent point d'autres lois sur le rapport que les règles qu'elles y ont puisées. »

Avant de terminer nos développements sur les règles du rapport dans les pays de droit écrit, nous devons signaler une coutume du midi de la France qui y dérogeait.

C'était la coutume de Mont-de-Marsan qui [4] disait : « Et ne peut le père avantager un fils plus que l'autre par testament ni autrement *ès biens avitins.* »

DEUXIÈME SECTION. — *Droit barbare.*

A. Les lois barbares étaient, comme on le sait, personnelles. Le Romain avait sa loi, le Franc la sienne.

Du reste, les documents sur les successions *ab intestat* et testamentaires sont à peu près nuls.

Le point de départ est le passage de Tacite dans son livre sur la Germanie (n° 20) : *Heredes tamen successores sui cuique liberi; et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui, avunculi.*

[1] *Traité des successions*, liv. III, ch. VII, n. 2.
[2] *Répertoire*, v° HÉRITIER, sect. VI, § 10, art. 1.
[3] *Répertoire*, v° RAPPORT A SUCCESSION, § 1, n. 2.
[4] Art. 7, ch. *Des successions.*

L'historien révèle ainsi : 1° l'aversion des Germains pour le testament; 2° le droit de masculinité.

On sait que Rome, au contraire, avait le culte du testament, et que la succession testamentaire l'emportait sur celle dévolue par la loi.

Quant au droit de masculinité, on trouve bien à Rome des lois politiques, comme la loi Voconia qui excluait les femmes des hérédités testamentaires, alors que le testateur avait une fortune de plus de cent mille as; on voit bien que, *ratione voconiana*, les jurisconsultes exclurent les femmes, autres que les sœurs consanguines du défunt, de la succession *ab intestat* [1]. Mais ces dispositions n'avaient pas eu pour but de conférer un privilége aux mâles contre les femmes.

En Germanie, c'est un autre point de vue qui domine. La notion d'un Etat protecteur et défenseur des individus n'est pas encore suffisamment dégagée; la force seule domine; c'est à la famille qu'appartient le droit de défendre le membre individuel faisant partie de l'association, de le venger, de composer avec le coupable; les biens doivent donc être dévolus à ceux qui défendent la famille, c'est-à-dire aux mâles. La femme est à un plan secondaire; elle n'occupe pas le rang qu'elle obtiendra plus tard, grâce à l'influence généreuse du christianisme.

Les lois barbares, destinées aux Francs du nord, se ressentent des principes primitifs. Ni la *lex Salica antiqua* ou *emendata*, ni la loi des Ripuaires ne contiennent des dispositions qui puissent faire supposer qu'elles admissent la succession testamentaire.

Quant à la succession *ab intestat*, ces deux lois contenaient des textes bien connus, mais qu'il est bon de rappeler.

La *lex Salica* disait : *De terra vero salica nulla portio hereditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terræ hereditatis perveniat* [2].

La loi Ripuaire disait aussi : *Sed dum virilis sexus exstiterit, fœmina in hereditatem aviaticam non succedat.*

Ces deux lois consacraient donc le privilége de la masculinité pour les biens provenant des ancêtres, biens qui, plus tard, devinrent les propres du droit coutumier; du moins c'est là une opinion soutenue par d'excellents esprits.

[1] Voir Gaïus, Comm. II, § 274; Paul, *Sentences*, liv. IV, tit. VIII, § 22.
[2] Tit. LXII, *De alode.*

Les lois barbares rédigées pour le midi, imbues des traditions romaines, permettaient la succession testamentaire.

Plus tard, par suite de l'influence de l'Eglise, le droit de tester finit par être introduit dans les pays du nord [1].

Mais la succession *ab intestat* occupa toujours le premier rang, et même le testateur ne put disposer de l'entière partie des biens provenant de ses ancêtres, biens qui furent toujours considérés comme le patrimoine de la famille.

Voilà les seules idées générales que nous croyons devoir énoncer à propos de cette période.

Quant au droit de masculinité, Marculfe le traitait déjà d'*impia consuetudo* [2].

B. En ce qui concerne les rapports, nous n'avons trouvé dans le recueil de Canciani que le passage suivant de la loi des Lombards.

N° CLXVII. « *Si fratres post mortem patris in casa communi remanserint, et unus ex ipsis in obsequio regis, aut cum judice* [3] *aliquas res acquisierit serviendo, habeat sibi in antea absque portione fratrum, nec quod foris in exercitu acquisierit, commune sit cum fratribus, quos in communi casa dimiserit..., et si quis ex ipsis duxerit uxorem et de rebus communibus meta* [4] *data fuerit, quando alter uxorem tulerit, aut quando ad divisionem faciendam venerit, simili modo de communibus rebus ei refundatur aliud tantum, quantum ille alter frater in meta dederit : paternæ autem vel maternæ substantiæ quod reliquum fuerit, inter se æqualiter dividant.* »

Ce passage nous a paru rappeler les dispositions du droit romain sur le pécule *castrense* et *quasi castrense*, puis l'obligation imposée à l'un des frères de rapporter à ses autres frères la donation *propter nuptias* qu'il avait prise sur les biens communs.

[1] Voir *Etude sur la quotité disponible*, de M. Duverdy ; *Revue historique*, vol. I, p. 516.

[2] Voir Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XXVI, ch. v). Il prend la défense de cette coutume, en prétendant que le droit qu'ont les enfants de succéder à leurs pères n'est pas une conséquence de la loi naturelle.

[3] Note de Canciani : *Qui judex hic appellatur,* COMES *quoque interdum appellatus est, hoc est, præfectus civitati.*

[4] D'après Canciani, *meta* désignerait la donation *propter nuptias* que le mari devait faire à la femme.

TROISIÈME SECTION. — *Du droit coutumier. — Première période.*

Etudions d'abord le droit coutumier primitif, à partir du treizième jusqu'au dix-septième siècle.

A. 1° A cette époque, la succession était dévolue *ab intestat* ou par testament.

2° On distinguait d'un côté les biens propres appelés ÉRITAGES, et de l'autre les MUEBLES et les CONQUEZ.

Les premiers appartenaient à la famille; le père de famille, qui en était pour ainsi dire l'usufruitier, ne devait en disposer par testament que d'une modique partie. D'après Beaumanoir, cette partie était fixée au quint de l'*éritage*[1].

Cette législation était due à l'idée juste et morale de conserver les biens dans les familles, afin d'en perpétuer la force et la splendeur. L'idée germaine consistant à maintenir la famille qui devait venger chaque membre individuel a pu laisser sa trace; mais elle est affaiblie en présence de la civilisation qui finit par consacrer le droit de l'État à la répression des crimes et délits.

En ce qui concerne les successions *ab intestat*, la féodalité et par suite la nécessité de servir le fief ont dû faire introduire le droit d'aînesse et fortifier le droit de masculinité, qui peut-être avait été amoindri avant l'établissement du régime féodal.

B. Quant aux rapports, nous trouvons dans les écrivains de cette période des documents bien importants.

Les Assises de Jérusalem n'obligent nullement l'enfant avantagé par ses père et mère à faire le rapport de ce qui lui a été donné.

Voici le texte que l'on trouve au chapitre 192 des Assises de la Cour des Bourgeois[2].

« Ici orrés la raison dou don que peut faire le père et la mère à ses enfans, à sa mort ou à sa vie.

« Sachés que se il avient que uns hons ou une femme vient à mort, et il fait sa devise, ou laisse ou done dou sien dreit, ou seit héritage ou chose meuble, à ses enfans, et *done à l'un plus que à l'autre, bien le peut faire, et tout deit être ferme et estable*,

[1] Voir l'*Etude* de M. Duverdy, déjà citée, 1er vol. de la *Revue historique*, p. 521.

[2] P. 129, 2e vol., édition Beugnot.

par dreit, tout enci come le père ou la mère l'aura coumandé et ordené. »

Plus tard Bouteillier, dans sa *Somme rurale*, révélera encore l'existence de coutumes qui permettront à un père de donner à l'un de ses enfants plus, à l'autre moins. On trouve en effet le passage suivant dans le titre CIII des testaments : « Et combien que en moult de coustumes locaux on tient le contraire et que *li pères porra et poet doner à son plaizir à l'un de ses enfans plus, à l'aultre moins.* »

Mais c'est cependant avec raison que le savant éditeur des Assises de Jérusalem dit en note : « Selon le droit français, un homme coutumier ne pouvait pas plus avantager un de ses enfants de ses meubles, acquets et conquets que de son patrimoine. » Et il cite les Etablissements de Saint-Louis.

En effet, ce monument[1] s'exprimait ainsi : « Quand hons coutumier a enfanz, autant a li uns comme li autres en la terre au père et à la mère, par dreit, soit fils ou fille, et tout autant es muebles et es conquez et achat, *car lois à vilain si est patremoines*[2], selon l'usage de la cour laye. »

Sur ce passage, Laurière ajoute : « Le sens de cette règle est que le coutumier (autrement dit le roturier) ne peut pas plus avantager un de ses enfants de ses meubles, acquêts et conquêts, que de son patrimoine. »

Les Etablissements continuent : « Et si li hons coustumiers avait fils marié ou fille, et il en eut austant à l'hostel (c'est-à-dire non mariés), et ils demandassent partie es escheetes à ceux qui ne seraient pas mariés, cil qui ne seront pas mariés ne lor pueent veer partie par droit (ne peuvent de droit la leur refuser), mes il conviendrait aux autres que chacun aportast ce qu'il aurait eu en frérage, fust terre, fussent mesons, fussent deniers ou autres muebles. »

Pierre de Fontaine, conseiller de saint Louis, dit dans son livre du Conseil[3] : « *Trop est cruels cest sentence et contre humanité* que aucunes yenz dient, que li père puet doner auquel qu'il vorra de toz ses enfanz toz ses chateus, et toz ses muebles,

[1] Ch. CXXXII, liv. I.

[2] MM. Jourdan, Decrusy et Isambert traduisent ainsi ce passage : « car tous les biens d'un vilain sont regardés comme son patrimoine. »

[3] P. 420, édition Marnier.

et toz ses conquez, ou à estranges, nis s'il n'est einsi qu'il n'eit fors muebles et conquez, dont ce serait contre tot droit et *contre les loix escrites;* dont je voeil que tu saches que je entent einsi que li père puet fere sa volenté de ses conquez entre ses enfanz et doner en plus à l'un que à l'autre, *si que li plus qu'il done à l'un n'amenuist trop le don à l'autre;* mes s'il done tot à l'un et noient os autres, après la mort au père puent li autre enfant demander à lor frère autre tele partie come se li père fust morz sans fère don à son fils. »

Et Beaumanoir, dans ses Coutumes de Beauvoisis, donne des détails curieux sur le principe du rapport.

On lit [1] : « Cascuns gentixhons ou hons de poeste qui n'est pas sers [2] pot, par nostre coustume, laissier en son testament, ses muebles, ses conquez et le quint de son héritage, la a il si plest, *exceptés ses enfans as quix il ne peut plus laissier à l'un qu'à l'autre.* »

Dans son chapitre *des éritages* Beaumanoir, au numéro 12, rapporte un jugement et ajoute : « Et par cel jugement pot on entendre que cil que pères et mères marient, ont le quois d'aus taire, s'il l'or pleest, ou de raporter ce qu'ils en ont porté et revenir à partie du descendement. »

N° 13. « Cil qui veut partir au descendement et avoit emporté aucune coze du père et de la mère, doit raporter tout entièrement ce qu'il emporta, s'il n'est ainsi qu'il l'aist mis hors de sa main, si que il ne le puist raporter; et adonques convient qu'il raporte la valeur que la coze valoit quand ele fut bailliée, soit muebles, soit héritages; et quant il ara raporté, il doit partir au descendement, aussi comme s'il n'en eust riens emporté. »

Au numéro 15 : « Il est dit ci dessus qu'il loist à celui que père et mère marient, qu'il se taise, s'il li plest, de venir à partie, et se tiegne à ce qui li est donné. Neporquant, li dons porroit bien estre donés si outrageous, que li père et le mère donnèrent à celui, qu'il ne seroit pas à tenir; car il ne loist pas au père et à le mère à donner tant à l'un de lor enfans que li autre en demeurentorphelin et deshérité. Donques, est-ce à entendre que li dons soit resnables, selon ce qu'ils ont, si que li autre oir n'en soient pas deshérité, car il avient bien que li pères et mères

[1] Ch. XII, *Des testaments*, n. 3, édition Beugnot.

[2] Note Beugnot : « C'est-à-dire, tout vilain affranchi de la mainmorte. »

aiment tant l'un de lor enfans plus des autres, qu'il vorroient qu'il peust être hérités de tout le lor et ainsi demorraient li autres sans terre. Neporquant, coustume suefre bien que cil que père et mère marient, ait plus qu'il n'emporteroit en sa partie; mais que il ne soit trop outrageusement. »

Beaumanoir consacre donc les principes suivants déjà acquis à la science du droit.

1° Par testament, le père de famille pouvait disposer de tous ses meubles ou conquêts, mais seulement du quint de ses propres.

2° Il ne pouvait, par testament, aucunement disposer au profit de l'un de ses enfants et avantager l'un plus que l'autre. C'était dire qu'en ligne directe descendante, les qualités d'héritier et de légataire étaient incompatibles.

3° L'enfant donataire par mariage et venant à la succession devait rapporter.

4° S'il renonçait à la succession, il était dispensé du rapport, la légitime réservée aux autres enfants.

Le Grand Coutumier de Charles VI disait : « Ne père ne mère ne peuvent faire aucuns de leurs enfantz de meilleure condition l'un que l'autre [1]. »

Le Grand Coustumier de Normandie ajoutait [2] : « L'on doibt sçavoir que quand le père a plusieurs filz, il ne peut pas faire de son héritage l'un meilleur que l'autre. Mais après sa mort, tout ce qu'il aura donné à aulcun d'eux sera rapporté à partie entre eux. De ceulx qui après sa mort attendent partie de son héritage ne peut-il faire l'un meilleur que l'autre; por donner ne bailler, ne en aulcune manière mettre en sa main, ne à aulcun qui soit descendu de lui; et ce qui a été dit des fils doit aussi être entendu des filles. »

La très-ancienne coutume de Bretagne (art. 530) s'exprimait ainsi : « Celui qui a prins meuble ou héritage de la succession du père ou de la mère, ou d'autre, est tenu rapporter le meuble s'il veut prendre en l'héritage, et s'il a eu de l'héritage, il sera contraint le rapporter. »

Bouteillier, dans sa *Somme rurale*, comme nous l'avons vu,

[1] Nous citons ce passage d'après M. Duverdy, car une édition de cet ouvrage très-rare (voir M. Dupin, *Profession d'avocat*, 2e vol., p. 714) n'est pas à la bibliothèque de Rennes.

[2] Ch. XXXVI, *Des dons que pères font à leurs enfants.*

blâmait les coutumes qui permettaient à un père d'avantager l'un de ses enfants plus que l'autre, et en même temps il disait[1] : « Il n'est pas défendu par *la loi écrite* que aucun ne puisse bien être aumosnier et parchonnier d'aucune chose, combien *que maintes coutumes soient contraires.* »

Il constatait donc le principe de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire qui régnait déjà dans plusieurs coutumes.

Enfin Loisel, dans ses *Institutes coutumières,* résumait les principes de droit coutumier admis de son temps dans l'importante matière qui nous occupe.

Cet auteur disait[2] : « En succession directe, on ne peut être héritier et légataire, aumônier et parçonnier, mais bien donataire et héritier en ligne collatérale. »

« Enfans avantagés de père et mère doivent rapporter ce qui leur a été donné en mariage; » et ailleurs : « Rapport n'a lieu en ligne collatérale. »

Ces maximes attestaient donc que, d'après Loisel : 1° les enfants étaient tenus au rapport des donations entre vifs; 2° ils ne pouvaient être tout à la fois héritiers et légataires.

Quant à la ligne collatérale, ces règles ne leur étaient pas applicables; et il s'ensuivrait que, pour cette ligne, la plupart des coutumes ne proclamaient pas l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.

Bouteillier, dans le passage précédemment cité, dit le contraire et de Laurière sur ces mots de Loisel : *en succession directe,* ajoute : *et collatérale.*

Quoi qu'il en soit sur ce dernier point, on voit déjà coexister les trois principes suivants :

1° Les biens doivent être conservés dans les familles. Loisel[3] dit encore : « L'on ne fait pas héritier, par testament, qui qu'on veut de ses propres, mais bien de ses meubles et acquêts. Les propres ne remontent point, mais retournent aux plus prochains

[1] Liv. I, tit. CIII.

[2] Liv. II, tit. IV, n. 12, *Des testaments,* et liv. II, tit. VI, n. 2 et 6, *Des partages et rapports.*

[3] Liv. II, tit. IV, n. 6, *Des testaments,* et liv. II, tit. V, n. 16, *Des successions.*

parens du côté d'où ils sont venus au défunt : qui est ce qu'on dit : PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS. »

2° Les droits d'aînesse et de masculinité sont reconnus dans une certaine limite.

3° Dans les successions *ab intestat*, l'égalité doit régner entre les enfants et quelquefois même entre les collatéraux.

Deuxième période du droit coutumier.

Nous allons actuellement aborder la dernière période du droit coutumier, tel qu'il résulte du coutumier général de Richebourg et des écrits des jurisconsultes des dix-septième et dix-huitième siècles.

A. La succession *ab intestat* occupe toujours le premier rang. Les maximes coutumières : *Dieu seul fait les héritiers et non l'homme; — Institution d'héritier n'a lieu*, sont en pleine vigueur [1]. La succession testamentaire est permise, mais des réserves coutumières atteignent les propres, et la famille est sous la protection de la règle : PATERNA PATERNIS, MATERNA MATERNIS.

Pothier, dans son *Traité des successions*, nous donne le dernier mot de la législation coutumière sur le droit d'aînesse et de masculinité.

« Tous les enfants qui sont au même degré, dit-il [2], soit de leur chef, soit par le bénéfice de la représentation, sont appelés ensemble à la succession du défunt.

« Il faut en excepter un petit nombre de coutumes, qui défèrent la succession entière d'un défunt à son fils aîné, à la charge par lui de départir une certaine portion des biens à ses puînés; telle est, par exemple, la coutume de Ponthieu.

« Quoique, dans les autres coutumes, tous les enfants soient ensemble appelés à la succession du défunt, néanmoins la plupart des coutumes accordent dans la succession certains avantages à l'aîné. »

Puis il ajoute : « La plupart des coutumes accordent un droit d'aînesse à l'aîné des enfants qui succèdent à leur père ou mère, ou autres ascendants. Elles sont fort différentes entre elles sur

[1] Voir Loisel, *Institutes coutumières* (liv. II, tit. IV, n. 5, *Des testaments*).
[2] *Traité des successions*, ch. II, sect. I.

ce droit d'aînesse. Nous ne nous attacherons qu'aux coutumes de Paris et d'Orléans. »

« Les coutumes de Paris et d'Orléans, continue-t-il, accordent un droit d'aînesse au fils aîné ou à ceux qui le représentent dans la succession des biens nobles de ses père ou mère, ou autres ascendants. Elles accordent ce droit aux roturiers comme aux nobles. »

Enfin, il nous apprend que les biens nobles comprenaient les fiefs et les francs alleux nobles.

Le Brun dit [1] : « Ce droit d'aînesse n'appartient donc, pour l'ordinaire, qu'aux mâles qui sont l'appui d'une famille, et qui la perpétuent, au lieu que les femmes sont la fin de la leur et le commencement d'une famille étrangère. »

Quant au privilége de la masculinité, Pothier dit [2] : « Les coutumes sont différentes sur ce point. A Paris et à Orléans, les filles mariées, quelque considérable que soit la dot qu'elles aient reçue, ne sont point pour cela exclues de succéder, elles sont seulement obligées de rapporter la dot à la succession de celui qui la leur a donnée.

« Quelques coutumes excluent les filles mariées dotées des successions directes et non collatérales; d'autres les excluent même des collatérales. Il y en a qui les excluent, n'eussent-elles été dotées *que d'un chapel de rose*. La coutume de Normandie exclut les filles mariées de la succession de leur père, quand même elles n'auraient reçu aucune dot. »

Le droit de masculinité avait encore pour effet de conserver les biens dans les familles.

Il y avait aussi des coutumes où il fallait distinguer entre les enfants nés du même mariage ou d'un mariage différent [3].

On peut, avant de terminer sur ce point, rappeler le droit privilégié du moins âgé, le droit de *mainеté*. C'est, d'après Merlin [4], « l'avantage qui appartient au plus jeune des enfants

[1] *Traité des successions*, liv. II, ch. II, sect. I, n. 1.

[2] *Traité des successions*, ch. I, sect. II, § 4.

[3] Voir Le Brun (*Traité des successions*, liv. I, ch. IV, section IV et V); M. Demolombe (*Des successions*, 1er vol., n. 344 et suiv.) donne un excellent tableau de l'esprit de notre ancienne législation; et M. Bonjean (*Institutes de Justinien*, 1er vol., p. 371 et suiv.), en fournit un résumé complet.

[4] *Répertoire*, v° MAINETÉ.

dans les successions de son père ou de sa mère. On n'a aucune idée de ce droit dans les coutumes de l'intérieur de la France, il n'est guère connu que dans le chef-lieu de Valenciennes, le Cambresis, les châtellenies de Lille et de Cassel, la loi d'Arras, et quelques parties de l'Allemagne. »

L'origine de ce droit est fort obscure et Merlin désespère d'en indiquer une plausible.

B. Abordons actuellement les rapports, objet principal de notre étude. Sur ce point encore la plus grande variété existait parmi les coutumes.

1. Occupons-nous d'abord du rapport dans la ligne directe descendante.

Première classe. — Coutumes qui *prohibaient* le rapport. Elles se rencontraient dans le nord de la France.

1° C'était d'abord la coutume d'Artois (art. 148). « En matière de succession, entre cohéritiers on n'est tenu de faire rapport de ce qu'on aurait eu par *avancement d'hoirie* ou autrement de celui dont procède la succession. »

Des commentateurs avaient pensé qu'il fallait supprimer la négative, mais cet avis ne prévalut pas, et Ricard, cité dans le Coutumier général en note de cet article, disait : « La négative doit demeurer, tel étant l'usage de la province, et ça a été aussi l'intention des rédacteurs, ainsi qu'il se voit par la coutume locale de Hesdin qui a établi le contraire en dérogeant à celle-ci. »

Les états d'Artois ayant demandé l'abrogation de cette coutume, deux édits de 1774 et 1775 firent droit à cette demande et, à partir de ce moment, la province d'Artois dut être rangée dans une catégorie que nous verrons tout à l'heure.

2° Les coutumes de Hainault étaient muettes sur le rapport; mais, d'après Merlin [1], il paraît que l'esprit et l'usage constant de toute la province étaient d'exclure le rapport.

« Ces coutumes, dit-il, ne considéraient comme donation en avancement d'hoirie que celles faites avec une clause expresse ; dès lors les donations n'étaient soumises au rapport que si le donateur l'avait expressément déclaré. » Il cite, dans ce sens, un arrêt du Parlement de Flandre, du 31 janvier 1763.

3° La coutume de la gouvernance de Douai (tit. II, art. 16)

[1] V° Rapport a succession.

affranchissait du rapport les donations par contrat de mariage, et on en avait conclu qu'elle dispensait les héritiers de tout rapport quelconque.

Merlin dit en effet : « Les coutumes de Lille, de la châtellenie de Lille, de l'échevinage de Douai et d'Orchies, qui ont une affinité singulière avec la coutume de la gouvernance de Douai, n'admettent le rapport qu'à l'égard des donations par contrat de mariage. Si, comme on n'en peut douter, la coutume de la gouvernance de Douai a été rédigée dans le même esprit que ces quatre lois, il est clair qu'on n'a eu en vue, par l'article cité, que de déroger sur ce point à leurs dispositions, en étendant plus loin qu'elles ne l'avaient fait l'exclusion du rapport. Donc, en affranchissant du rapport les donations par contrat de mariage, cette coutume a décidé tacitement, et même à plus forte raison, que les donations simples ne sont pas sujettes à ce droit. »

4° La coutume de Valenciennes, par les articles 105 et 107, était rangée parmi celles qui n'admettaient pas le rapport.

Mais le donateur, même dans ces coutumes, pouvait déroger au droit commun et obliger le donataire au rapport [1].

Deuxième classe. — Coutumes dans lesquelles on distinguait la *nature* des biens donnés pour les affranchir du rapport ou les y soumettre.

A l'est, on trouvait la coutume de Metz. Dans le titre VII (art. 4) elle permettait aux pères et mères par donations faites entre vifs, testament ou ordonnance de dernière volonté, contrats de mariage ou autrement, d'avantager l'un de leurs enfants plus que l'autre en *meubles* seulement.

L'article 11 du titre II affranchissait aussi du rapport les donations de meubles, mais y soumettait les donations d'immeubles.

Au nord, se présentait l'ancienne coutume de Chauny (art. 19, tit. V) qui affranchissait du rapport les donations d'*effets mobiliers*, faites *en avancement de mariage*.

Dumoulin avait ainsi qualifié cette coutume : *Stulta et iniqua consuetudo respectu lineæ directæ et certe indiget recognitione et correctione.*

[1] Voir art. 107, coutume de Valenciennes, et Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, § 1, n. 5).

La nouvelle coutume fit droit à ces observations, tout en distinguant les effets mobiliers des immeubles.

Par son article 21, elle obligea l'enfant donataire de rapporter le don de *meubles ou sommes d'argent* fait dans le contrat de mariage par père, mère, aïeul ou aïeule.

Le donataire put s'abstenir du rapport en renonçant à la succession, et le donateur pouvait même en dispenser.

Par son article 22, elle affranchit du rapport le don d'effets mobiliers fait hors contrat de mariage, à moins que le donateur n'eût dit le contraire ; car, d'après l'article 23, tout don fait en avancement d'hoirie était sujet au rapport.

Puis, dans l'article 50, la coutume de Chauny imposait le rapport à tous les enfants donataires d'héritages et de biens immeubles qui voudraient venir à la succession avec leurs autres cohéritiers.

La coutume de Saint-Pol (art. 4, n° 4) semble assujettir au rapport toutes les donations de meubles et, si l'héritier ne vient qu'à la succession immobilière, elle ne l'astreint à rapporter que les héritages donnés *en avancement de succession*, ce qui semblait dispenser du rapport les donations d'immeubles, alors que le donateur n'avait pas expressément déclaré qu'il y avait *avancement d'hoirie*.

Troisième classe. - Coutumes qui distinguaient l'*origine* des biens.

A l'est, on rencontrait la coutume d'Epinal (art. 1 et 4, tit. V). L'article 1er portait : « Il est permis à toutes personnes qui sont en leur puissance hors la tutelle et curatelle d'autrui de disposer de leurs meubles et acquêts au profit de qui bon leur semble, soit par testament, donation entre vifs ou autrement, » et l'article 4 ajoutait : « Aussi, est-il loisible au père avantager aucun de ses enfants *sur son ancien*, si ce n'est à charge de rapporter la pièce donnée... »

Cette coutume dispensait donc du rapport les donations de meubles et acquêts faites aux enfants et y assujettissait celles faites sur les propres.

C'est dans cette même classe qu'il faut ranger les coutumes générales de Lorraine (art. 1, tit. X).

La coutume de Reims contenait, à cet égard, plusieurs dispositions. Par son article 233, elle permettait aux père et mère,

aïeul ou aïeule, de donner à l'un de ses enfants venant ou non venant à la succession telle partie de ses biens meubles, acquêts et conquêts immeubles qu'il lui plairait et l'avantager par-dessus ses autres enfants (la légitime réservée); et l'article ajoutait : « Et quant aux héritages *étant de son naissant*, ne peut en iceux advantager l'un de ses enfans plus que l'autre. »

Cet article, en établissant les règles du rapport, faisait une distinction entre les propres immobiliers, d'une part, et les meubles, acquêts et conquêts immobiliers, d'autre part ; cette coutume s'occupait donc de l'*origine* des biens pour statuer sur les rapports.

La disposition de l'article 233 était reproduite, à propos des testaments, par les articles 287 et 288.

A l'ouest, la coutume de Poitou (art. 216) permettait d'avantager l'un de ses enfants ou de ses héritiers présomptifs pour les meubles et acquêts immeubles, pourvu que le donateur eût des propres.

Quant aux propres, la coutume (art. 215 et 219) défendait de les donner à *son héritier ou héritiers présomptifs*, ou *aux héritiers présomptifs de ses héritiers ;* mais, d'après l'article 218 : « En faveur de mariage, le père et mère ou autre pouvoient donner à aucuns de leurs enfans ou autres héritiers présomptifs de leur dit héritage, jusques à la portion légitime coutumière dudit donataire ; à laquelle portion ledit donataire pouvoit se tenir sans venir à la succession du donnant ; supposé qu'il n'y ait renoncé et où il voudroit venir à ladite succession, seroit tenu de rapporter ou déduire ce qui lui auroit été donné. »

En résumé, cette coutume permettait la donation des propres seulement en faveur du mariage de l'enfant donataire ou autre héritier présomptif, et jusqu'à concurrence de la légitime coutumière dudit donataire, et encore celui-ci était astreint au rapport, à moins qu'il ne renonçât à la succession du donateur.

A côté du Poitou se trouvait l'Angoumois, dont la coutume (art. 49 et 51) semblait consacrer la même doctrine, à peu près dans les mêmes termes.

Venait ensuite la coutume de la Rochelle, dont l'article 48 était ainsi conçu : « Aucun ne peut donner à aucuns de ses enfans ou hoirs présomptifs, ne iceux advantager l'un plus que

l'autre en aucune partie de son héritage à lui advenu par succession. »

On concluait de cet article que le donateur pouvait avantager l'un de ses enfants, pour les acquêts et les meubles [1].

La coutume de Saintonge, dans ses articles 84, 85, 86 et 87, faisait des distinctions d'après lesquelles il est permis de la ranger parmi celles qui, dans cette matière, tenaient compte de l'origine des biens.

Quatrième classe. — Des coutumes distinguaient entre les donations faites par contrat de mariage et celles faites en dehors de ce contrat.

L'ancienne coutume de Chauny, comme nous l'avons dit, affranchissait du rapport les donations d'*effets mobiliers* faites par contrat de mariage.

Il en était de même de la coutume générale de la gouvernance, bailliage et châtellenie de Douai et Orchies [2].

A l'inverse, d'autres coutumes n'obligeaient au rapport que les donataires par contrat de mariage.

Ces coutumes se présentaient au nord. C'était d'abord celle du bailliage et de la châtellenie de Lille (art. 64 et 66, ch. II). Ce dernier article disait : « Donations entre vifs ne se rapportent en succession, ains ont les donataires hors part. »

Puis viennent les coutumes locales de la ville, banlieue et échevinage de Lille (art. 18 et 20, ch. Ier); de la ville et échevinage de Douai (ch. Ier, art. 6); de la ville et échevinage d'Orchies (ch. Ier, art. 4).

Il fallait ranger dans cette classe la nouvelle coutume de Chauny, dont nous avons précédemment rapporté les dispositions.

La coutume locale du pays de Langle, dans l'Artois (rubrique VIe) assujettissait au rapport les donations par contrat de mariage et faisait ainsi exception aux coutumes générales de la province, qui étaient exclusives de tout rapport.

On peut citer encore dans cette classe, toujours au nord, celle de Verdun (art. 13, tit. II);

[1] Voir note dans le Nouveau Coutumier général (t. IV, p. 858).

[2] Art. 16, sous la rubrique : Coutumes générales concernant le fait de succession directe et collatérale *ab intestat*. Voir du reste ce que nous avons dit plus haut, p. 544 et 545.

A l'est, la coutume de Marsal (art. 56) et celle de Sens (art. 89). Le donateur pouvait, du reste, imposer la clause du rapport des donations qui en étaient dispensées d'après le droit commun.

A ces coutumes, on peut ajouter celle du Bourbonnais qui, dans son article 217, prohibait les donations entre vifs faites aux enfants *hors contrat de mariage*. Ces donations étant nulles, le donataire ne pouvait s'affranchir de la restitution des objets donnés, même en renonçant à la succession.

Quant aux autres donations faites par contrat de mariage, elles étaient rapportables, mais le donateur pouvait dispenser du rapport (art. 308).

Cinquième classe. — Des coutumes faisaient dépendre le rapport de l'état des donataires au jour de l'ouverture de la succession du donateur.

Au nord, la coutume d'Amiens (art. 92 et 93) obligeait les enfants au rapport de tout ce qui y était sujet de droit commun, si parmi eux il y en avait de mariés et d'autres non mariés, au jour de l'ouverture de la succession; mais si, au contraire, ils étaient tous mariés, ils ne pouvaient exiger aucun rapport les uns des autres.

Dans cette classe se rangeaient les coutumes de Cambrai (art. 27, tit. XII); celle de Hesdin (art. 34), qui dérogeait à la coutume générale de la province d'Artois.

Ici encore le donateur pouvait imposer la clause de rapport, et pour tous les cas, sans aucune distinction.

La coutume de Hondtschote semblait aussi tenir compte de l'état des donataires au jour de l'ouverture de la succession du donateur. Voici ce que portait l'article 4 de la XVI^e^ rubrique : « Le survivant ou la survivante se remariant, délaissant à son décès des enfans d'un second ou autre lit postérieur, les enfans du premier ou du second lit, s'ils veulent venir au partage de la maison mortuaire de leur père ou mère avec les enfans du lit postérieur, sont tenus de rapporter au partage tout ce qu'ils ont eu auparavant, afin d'être partagés tous ensemble par tête également, si ce n'étoit qu'ils voulussent s'abstenir, avec ce qu'ils ont eu auparavant. »

Sixième classe. — Cette classe, qui renfermait la plus grande partie des coutumes, notamment celle de Paris, obligeait les enfants au rapport de tout ce qui leur avait été donné par leur

père ou mère, et le donateur ne pouvait les affranchir du rapport; il ne pouvait faire, comme disaient quelques coutumes, *chier enfant, enfant de prédilection.*

Mais l'enfant auquel on avait fait la donation pouvait s'en tenir à son don en s'abstenant de l'hérédité, la légitime toutefois réservée aux autres enfants [1].

Plusieurs des coutumes que nous allons énumérer réservaient expressément ce droit aux donataires renonçants; mais à moins d'être sous l'empire des coutumes d'égalité parfaite que nous verrons tout à l'heure, d'après le droit commun, l'enfant avantagé pouvait s'en tenir à son don et s'abstenir de l'hérédité.

Merlin dit [2] : « Les autres coutumes prohibitives de toute dérogation au rapport n'ôtent pas au donataire le droit de se tenir à sa donation en renonçant à l'hérédité; et, dès lors, on doit croire qu'elles le lui laissent. En cette matière, tout ce qui n'est pas expressément défendu doit être regardé comme permis, parce que la défense s'éloigne du droit commun et que la permission s'en rapproche. »

L'auteur signale ensuite un certain nombre de coutumes qui réservaient expressément ce droit à l'enfant donataire qui renonçait à la succession [3].

Un grand nombre de coutumes formaient notre sixième classe [4].

[1] Voir Pothier, *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 1.

[2] V° RAPPORT A SUCCESSION, § 2, art. 3, n. 4.

[3] Voir Bourjon, *Droit commun de la France*, 1er vol., p. 846, ch. V, sect. I.

[4] C'étaient, au nord : coutumes de Calais (art. 95-96); de Gerberoy (art. 89); Saint-Omer (art. 31); — c'était une exception à la coutume d'Artois; — Bergh-Saint-Winox ou Bergues (art. 1, rubrique XX); Bruges (tit. VII, art. 1, 5 et 6); ville et châtellenie de Furnes (art. 1 et 2 du titre XVIII); ville et châtellenie de Cassel (art. 293); ville de Nieuport (art. 1, 5 et 6, rub. XXI); ville d'Ostende (art. 1 et 5, rub. XII); ville et franchise d'Eecloo et de Lembeke (art. 1 et 4, rub. XIX); coutumes de la châtellenie de Bouchaute (art. 1, 2 et 3, rub XXIII); ville et châtellenie d'Assenède (art. 1 et 2, rub. XX); ville et bourgeoisie d'Ypres (art. 31, rub. X); ville et bourgeoisie de Rousselare (art. 10 et 11 du titre XIII); ville et juridiction de Poperinghe (art. 38 et 39 du titre X); ville et châtellenie de Bailleul (rub. VIII, art. 12); ville et échevinage de Gand (art. 1 et 2, rub. XXVII); ville et châtellenie de Courtray (art. 1, rub. XVII); ville et châtellenie d'Audenarde (art. 1 et 5, rub. XXIV); deux villes et pays

Septième classe. — Coutumes dites *d'égalité parfaite*, dans lesquelles l'enfant donataire devait restituer la donation, alors même qu'il renonçait à la succession.

Au nord, se présente la coutume de Bourbourg (art. 1, 2 et 3, rub. XII). Par son article 1, elle défendait de faire enfant de prédilection; par l'article 2, elle permettait à l'enfant donataire, *en avancement de mariage et non autrement*, de s'abstenir de la maison mortuaire ou succession.

De cet article, il résultait que l'enfant donataire autrement que par contrat de mariage ne pouvait s'affranchir du rapport en renonçant à la succession.

Cela découlait encore de l'article 3 qui, soumettant au rapport l'héritier collatéral, lui permettait de s'abstenir de la succession, que la donation lui fût faite par contrat de mariage ou autrement.

Venaient ensuite les coutumes de Châlons (art. 100 et 101), du Perche (art. 125), de Dunois (art. 64).

A l'ouest, Maine (art. 333 pour les nobles, 278 et 346 pour les roturiers); Anjou (art. 320 pour les nobles, 334 pour les roturiers); Touraine (art. 309); Lodunois (art. 12, ch. XXIX pour les roturiers).

d'Alost (rub. XX, art. 33); ville de Termonde (art. 1, rub. XVII); ville de Waes (art. 1, rub. VI); de Bruxelles (art. 283); de Lersines (art. 14 et 18 du titre IX); coutumes du Vermandois au bailliage de Laon (art. 52, 88, 91, 94); Senlis (art. 161 et 213); Clermont-en-Beauvoisis (art. 129, 144, 145 et 146); Valois (art. 82); Tournay (ch. XXV, art. 4); cette dernière disait : « En succession de ligne directe descendante, collation de biens a lieu. » Lagorgue (art. 123).

A l'est et au nord-est : coutumes générales du pays de Luxembourg (art. 4, tit. XI); Thionville (art. 4, tit. XI); Sedan (art. 183); Bouillon (art. 2, ch. XII); Clermont-en-Lorraine (ch. IX, art. 1 et 3); Bar (art. 134, 165 et 166); Saint-Mihiel (art. 4, tit. IV); Gorze (art. 12 et 13, tit. VIII); Bassigny (art. 141, 142 et 154).

Encore au nord, mais plus vers le centre : ancienne coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris (art. 124); nouvelle coutume (art. 278, 303, 304 et 307); Etampes (art. 112); Dourdan (art. 92, 107, 108); Montfort-l'Amaury (art. 96 et 97); Mantes (art. 161 et 162); Troyes (art. 113 et 142); Vitry-le-Français (art. 73, 99 et 100); Meaux (art. 11, 12 et 13); Melun art. 274); Auxerre (art. 244); Châteauneuf-en-Thimerais, dans la Beauce (art. 123 et 127); Chartres (art. 100); Dreux (art. 91); Orléans (art. 273 et 286); Montargis (art. 2, ch. XI; et art. 1 et 2, ch. XII); Blois (art. 158 et 167); Eu (art. 116, 117 et 118).

Merlin signale parmi les coutumes d'égalité parfaite : d'abord la coutume de Bretagne, puis celle de Normandie.

Quant à la première, ce caractère ne résultait pas du texte de l'article 596, ainsi conçu : « Le cohéritier qui prétend part en succession, quelle qu'elle soit, directe ou collatérale, est tenu de rapporter le meuble et héritage qu'il aurait pris ou eu par avancement de droit successif, pour être employé au partage avec les autres biens de la succession. »

Mais la jurisprudence et les auteurs en avaient fait une coutume d'égalité parfaite.

Dans un commentaire de la coutume de Bretagne donné par Duparc-Poullain, avec les notes de différents jurisconsultes, on lit sur l'article 596[1] : « Hévin, contre la coutume de Paris, art. 307, qui donne la faculté de se tenir au don en renonçant à la succession, ce qui est *juris novi ;* car Dumoulin, sur l'ancienne coutume, § 17, n° 4, dit : *Si postea filius donatarius non velit esse heres, resolvitur donatio tanquam causa finali non secuta, et res revertitur ad corpus successionis...* Les coutumes d'Anjou et du Maine sont conformes à la nôtre. »

Et le même Duparc-Poullain, dans son ouvrage *Sur les principes du droit français*, dit[2] : « Le rapport est l'exécution de l'obligation imposée par la coutume à tout cohéritier, et même à *l'habile à succéder renonçant*, de remetttre à la succession l'avancement d'hoirie ou le prêt qu'il a reçu du défunt ou qui a été reçu par celui qu'il représente dans la succession.

« La disposition de la coutume de Bretagne et la jurisprudence, sur les rapports dus par les cohéritiers et même par l'habile à succéder qui renonce à la succession, font connaître bien clairement le vœu général de la coutume pour conserver l'égalité entre tous les cohéritiers. »

Quant à la coutume de Normandie, l'article 434 portait : « Le père et la mère ne peuvent avantager l'un de leurs enfants plus que l'autre, soit de meuble ou d'héritage, parce que toutes donations faites par les père ou mère à leurs enfants sont réputées comme avancement d'hoirie. »

Et Basnage, commentateur de cet article, après avoir rappelé

[1] P. 696, 3e vol.

[2] Tit. IV, sect. x, n. 301 et suiv.

la disposition de la coutume de Paris (art. 307), disait : « La coutume de Normandie n'a pu souffrir cette inégalité, et, pour prévenir cette mauvaise explication que l'on pouvait donner à sa disposition, elle a prudemment ajouté que *toutes donations faites par les père ou mère sont réputées avancement d'hoirie*, de sorte que tous ces dons étant des partages anticipés de leur succession, les enfants ne les peuvent pas retenir, puisqu'à l'égard de leurs frères et sœurs ils ne le peuvent posséder que comme héritiers et comme avancés en la succession, et par ce moyen, *soit qu'ils renoncent* ou qu'ils viennent à la succession, le rapport de ce qu'ils ont eu est toujours nécessaire et forcé. »

Dans certaines coutumes, il était défendu de faire aux héritiers présomptifs donation des propres. Dans ces coutumes, le donataire, étant incapable de recevoir, devait rapporter ce qu'il avait reçu, *même s'il renonçait à la succession ;* mais cette conséquence ne découlait pas, à proprement parler, des principes du rapport, mais bien de ce que la donation était nulle.

C'étaient les coutumes de Bourbonnais (art. 217), de Poitou (art. 215 et 219), de l'Angoumois (art. 51), de la Rochelle (art. 42), de la Saintonge (art. 84 et suiv.). Nous avons rappelé plus haut leurs dispositions.

Les coutumes d'égalité parfaite dérogeaient au droit commun qui, nous l'avons déjà dit, permettait au donataire de s'affranchir du rapport en renonçant à la succession.

Mais une clause d'avancement d'hoirie insérée dans une donation privait-elle le donataire du droit d'en éluder le rapport en renonçant à la succession du donataire?

Dumoulin professa l'affirmative, en se fondant sur ce qu'on est censé prendre à titre successoral ce qu'on reçoit en avancement de succession.

Ce jurisconsulte laissait au donataire l'alternative d'accepter la succession en rapportant, ou de résoudre sa donation de manière que le bien donné rentrât dans la masse héréditaire [1].

Son avis ne prévalut pas. Le Brun [2] dit : « L'on juge que l'article 307 de la nouvelle coutume de Paris, qui permet de renoncer en se tenant à son don, comprend même ce qui est

[1] Vernet, *Quotité disponible*, p. 237.

[2] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 43.

donné en avancement d'hoirie. » C'est aussi l'opinion de Ferrières sur l'article 307 de la coutume de Paris [1].

Ces dispositions des coutumes, qui permettaient à l'enfant donataire de s'affranchir du rapport, en renonçant à la succession, donnaient au père de famille la facilité d'avantager l'un de ses enfants et d'éluder la défense qui lui était faite de dispenser du rapport.

Voici en effet ce que dit Le Brun [2] : « J'estime qu'il faut distinguer entre une donation entre vifs faite avec clause *qu'elle ne sera point sujette à rapport*, laquelle donation ne laisse pas de devoir être rapportée par le fils donataire qui se voudra porter héritier, parce que la clause même de dispense de rapport serait un avantage sujet à rapport, et une disposition testamentaire, par laquelle un père aurait ordonné qu'un de ses enfants prendrait sa part afférente en sa succession outre et par-dessus la donation qu'il lui aurait faite entre vifs, et sans être obligé de la rapporter ; car si la donation entre vifs et la part que le donataire pouvait prétendre en la succession n'excédaient pas le quint des propres et la valeur des meubles, acquêts et conquêts, dont il est permis de disposer par testament, le donataire, prenant sa part afférente en la succession à titre de legs, ne serait point obligé au rapport.

« Cela aurait lieu même, pourvu que la seule part héréditaire n'excédât pas ce dont il est permis de disposer par testament, quoiqu'elle excédât, étant jointe avec la donation ; car, en ce cas, l'enfant serait donataire de ce qui lui aurait été donné entre vifs et légataire de la part afférente. C'est ainsi qu'il est permis de léguer à un de ses enfants une double part en sa succession, pourvu que cette double part n'excède pas la valeur des meubles et acquêts, et du quint des propres. »

L'auteur fait voir qu'il n'y avait rien là de contraire à la coutume de Paris qui défendait d'avantager les enfants venus *ab intestat* à la succession, mais n'établissait pas la même défense quand ils ne se portaient pas héritiers *ab intestat*.

Et il ajoute : « A plus forte raison, un père peut-il, en mariant son fils, lui donner entre vifs une double part dans les biens qui se trouveront lui appartenir au jour de son décès, avec réserve

[1] *Junge* Merlin, v° RAPPORT A SUCCESSION, § 2, art. 3, n. 8.
[2] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. I, n. 14 et suiv.

d'usufruit, ou même l'instituer héritier par son contrat de mariage pour une double part, ou lui faire une donation et l'instituer héritier pour sa part afférente dans le surplus des biens qui se trouveront lors de son décès, sans qu'il soit tenu de rapporter la donation : car pourvu que l'enfant au profit duquel on veut disposer ne prenne point sa part en sa succession, comme héritier *ab intestat*, mais en vertu d'une disposition entre vifs ou testamentaire, rien n'empêche qu'on ne lui fasse une part avantageuse de toutes les manières qu'on se peut imaginer, *en observant d'ailleurs les réserves coutumières.* »

Pocquet de Livonière, jurisconsulte angevin, disait aussi [1] : « A Paris, les enfants donataires peuvent se tenir à leurs dons en renonçant à la succession, la légitime réservée aux autres enfants; ce qui met les pères et mères en état de faire la condition de quelques-uns de leurs enfants plus avantageuse que celle des autres, contre l'égalité qui semble désirée par la même coutume [2]. »

Huitième classe. — Des coutumes permettaient aux pères et mères donateurs d'affranchir du rapport le donataire, même entre vifs [3].

[1] *Règles du droit français*, liv. III, ch. I, sect. II, n. 4.

[2] Voir aussi Merlin (*loco citato*), § 2, art. 3, n. 4; et Bourjon (*Droit commun de la France*, 2e partie, ch. V, sect. II, n. 9 et 10).

[3] On rencontrait au nord-est les coutumes générales des bailliages de Nancy, Vosges et Allemagne (art. 1, tit. III), qui permettaient de donner par préciput à l'un des enfants les meubles et acquêts. Dans le même sens, Epinal (tit. V, art. 1 et 4); plus au nord, Reims (art. 233); dans cette coutume, les pères ou mères donateurs ne pouvaient avantager l'un de leurs enfants que si la donation portait sur des meubles ou acquêts; Noyon (art. 16); Saint-Quentin (art. 44); Ribemont (art. 78); Chauny (art. 21, en ce qui concerne le don des meubles ou sommes d'argent fait par le contrat de mariage); ville et échevinage de Douai (ch. I, art. 6) pour les donations par contrat de mariage. Les coutumes du bailliage et de la châtellenie de Lille (tit. II, art. 64); de la ville et échevinage de Lille (ch. I, art. 18); de la ville et échevinage d'Orchies (ch. I, art. 4), sont dans le sens de celle de Douai.

Dans l'Artois, l'édit de 1774, qui introduisit le rapport, permit aux père et mère d'en dispenser les enfants donataires. Se présentent encore les coutumes de Péronne, Montdidier et Roye (art. 204).

A l'est, la coutume de Bourgogne (art. 5, ch. VII); elle disait : « Le testateur, par testament ni ordonnance de dernière volonté, ne peut faire l'un

Il est évident que, dans ces coutumes, l'enfant donataire pouvait s'affranchir du rapport, en renonçant à la succession.

Mais elles différaient de la coutume de Paris et autres, qui formaient la classe la plus nombreuse, en ce que, dans ces dernières, le donateur était obligé de léguer sa part afférente à celui qu'on voulait dispenser du rapport, et il était nécessaire de ne pas excéder les bornes de ce dont on pouvait disposer par testament, tandis que dans les coutumes qui permettaient au donateur d'avantager l'un de ses enfants, le donataire pouvait être dispensé dans la donation même et cumuler les qualités de donataire entre vifs et d'héritier *ab intestat* [1].

Que fallait-il décider dans les coutumes muettes sur la faculté de dispenser du rapport? Quel était le droit commun?

Plusieurs coutumes, que nous citerons tout à l'heure, défendaient de faire *enfant chéri*, *enfant de prédilection*. Aucune difficulté ne pouvait s'élever pour elles, la dispense du rapport insérée dans la donation eût été nulle; mais d'autres coutumes obligeaient l'enfant donataire au rapport, sans permettre ni prohiber expressément la dispense du rapport.

Ricard, *Traité des donations* [2], enseignait que de droit commun, en ligne directe descendante, on ne pouvait être à la fois *héritier* et *donataire*, et que le donataire ne pouvait être dispensé

de ses vrais héritiers légitimes, et qui *ab intestat* lui doivent succéder, *meilleur que l'autre*. »

Dumoulin, en note de cette coutume, ajoute : *secus inter vivos*, d'où il suivrait qu'en Bourgogne on pouvait avantager l'un des enfants plus que l'autre par *donation entre vifs*.

Se présente ensuite un groupe de coutumes situées au centre ou à l'ouest de la France : coutumes de Berry (art. 19, tit. XLII); Nivernais (art. 10 et 11, ch. XXVII); Bourbonnais (art. 308, pour les donations par contrat de mariage seules permises); Poitou (art. 216, pour les meubles et acquêts immeubles); Angoumois (art. 49); Saintonge (art. 87); la Rochelle (art. 42, ch. XIV); ces trois dernières coutumes reproduisaient, à peu de chose près, les dispositions de la coutume de Poitou; coutume de la Marche (art. 295, qui ne permet d'avantager l'un des enfants plus que l'autre qu'*en contrat de mariage*).

Nous signalerons aussi à l'est trois coutumes qui permettaient d'avantager l'un des enfants, mais pour *cause rémunératoire* seulement; c'étaient Bouillon (art. 2, ch. XII); Saint-Mihiel (art. 5, tit. IV); Gorze (art. 12, tit. VIII).

[1] Voir Le Brun, *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. I, n. 17.

[2] Partie 1re, n. 647.

du rapport, pour le cas où il venait à la succession *ab intestat*.

Malgré les critiques de Merlin [1], cet avis était celui de l'ancien droit.

Pothier [2] cite comme coutumes de la première classe, *en petit nombre*, dit-il, celles qui permettaient aux père et mère de donner entre vifs à leurs enfants, *sans charge de rapport*, lorsqu'ils viendraient à la succession [3].

Nous devons en conclure que, même dans les coutumes de la dernière classe que nous venons de citer, la dispense du rapport devait être *expresse* [4].

II. Aucune coutume ne paraît avoir assujetti, d'une manière expresse, l'héritier en ligne directe ascendante à faire le rapport. On conçoit, du reste, que l'hypothèse d'un ascendant donataire de son descendant devait être des plus rares.

Même dans les coutumes, comme celle de Paris, qui ne permettaient expressément de cumuler la qualité d'héritier et de donataire *qu'en ligne collatérale*, on décidait que le rapport des donations entre vifs n'était pas dué en ligne directe ascendante.

Le Brun [5], après avoir rapporté les controverses, dit : « La vérité est, néanmoins, que les ascendants ne sont point obligés au rapport, et cela *par la raison même que la succession leur est moins due*. Car, moins la succession est due, moins on doit observer l'égalité ; » et, plus loin (n° 42), il ajoute : « Le rapport entre ascendants est contre l'esprit de la loi, puisqu'on ne donne jamais aux ascendants en avancement d'hoirie ; que la clause serait monstrueuse ; qu'il n'y a aucun texte dans le droit qui admette ce rapport, et que notre usage y répugne si fort, qu'étant échappé à l'une de nos coutumes, qui est la coutume de Bourbonnais (art. 313), de dire au pluriel que le rapport a lieu en successions directes, ce qui semblait comprendre les successions directes des ascendants et des descendants, Me Charles Dumoulin eut soin de rétablir cela sur le pied du droit commun

[1] V° RAPPORT A SUCCESSION, § 2, art. 2, n. 3.

[2] *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 1.

[3] Bourjon, *Droit commun de la France*, 1er vol., tit. XVII, ch. IV, sect. 1, n. 7, p. 842 ; et ch. VI, sect. I, n. 4, p. 848, enseigne très-explicitement la doctrine de Ricard.

[4] Voir Merlin, § 2, art. 2, n. 1, 2 et 3, v° RAPPORT A SUCCESSION.

[5] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 22.

et de faire une note sur cet article, où il dit : *Secundum jus commune intelligitur, ad quod tacite refertur, ideo ascendentes non conferunt, quia jure non cavetur.*

C'était aussi l'opinion de Ricard, rapportée par Merlin [1].

III. Quant au rapport en ligne collatérale, les coutumes étaient divisées : les unes ordonnaient le rapport, d'autres en dispensaient expressément et, enfin, plusieurs étaient muettes.

Première classe. — Coutumes qui assujettissaient au rapport l'héritier en ligne collatérale qui avait reçu du défunt une donation entre vifs [2].

Deuxième classe. — Coutumes qui dispensaient du rapport l'héritier en ligne collatérale [3].

[1] *Traité des donations*, part. 1re, n. 673 ; *Répertoire*, v° RAPPORT A SUCCESSION, § 2, art. 1, n. 3. Voir aussi M. Demolombe, t. IV, *Des successions*, n. 157.

[2] Au nord, les coutumes de Bourbourg (art. 1, rub. XII) ; de la ville et châtellenie de Cassel (art. 293) ; de la ville et juridiction de Poperinghe (art. 40, rub. X) ; Audenarde (rub. XXIV, art. 17) ; Bailleul (rub. VIII, art. 13) ; cette coutume dit que la donation faite à un collatéral ne pourra excéder la sixième partie des biens du donateur, patrimoniaux et d'acquêts ; mais, dans cette limite, la donation est affranchie du rapport ; Saint-Pol (art. 4, tit. IV ; cet article astreint au rapport les *cohéritiers*) ; Laon (art. 31 de l'ancienne coutume) ; Chauny (art. 50, pour les dons d'immeubles) ; Valois (art. 82). Au nord-ouest, la coutume de Normandie. Sur l'article 434, Basnage dit : « Il faut remarquer d'abord que bien que cet article ne parle que du rapport qui doit se faire à la succession de leurs pères et mères, néanmoins *ce rapport est aussi nécessaire entre les autres héritiers.* » A l'ouest, la coutume de Bretagne (art. 596) ; Maine (art. 278 et 349, pour les roturiers ou coutumiers) ; Anjou (art. 260 et 337, mêmes dispositions) ; Touraine (art. 302 et 304, dans le même sens) ; Blois (art. 158) ; Lodunois (art. 7, ch. XXIX). Puis venaient les coutumes citées précédemment, dans lesquelles il était défendu de donner ses propres ou partie de ses propres à ses *héritiers présomptifs*. C'étaient : Poitou (art. 215) ; Angoumois (art. 49) ; la Rochelle (art. 42) ; et Saintonge (art. 87). Ici le rapport avait lieu plutôt en vertu des règles qui régissaient les réserves coutumières, et parce que la donation était nulle.

[3] Au nord, Calais (art. 93) ; Bruges (art. 7, tit. VII) ; ville de Nieuport (art. 2, rub. XXI) ; Ostende (tit. XII, art. 6) ; ville et franchise d'Eecloo et de Leabeke (rub. XIX, art. 5) ; ville et châtellenie d'Assenède (art. 7, rub. XX) ; ville et châtellenie de Bailleul (rub. VIII, art. 13 ; mais pour le sixième, que l'on peut seul donner aux collatéraux) ; Gand (rub. XXVII, art. 1 et 2) ; Alost (art. 33, rub. XX) ; Termonde (art. 3, rub. XVII) ; bailliage et châtellenie de Lille (art. 67) ; ville et échevinage de Lille (art. 21, ch. 1) ; Vermandois (art. 98) ; Laon (art. 98) ; Châlons (art. 107) ; Reims

Que fallait-il décider dans les coutumes muettes? De droit commun, l'héritier en ligne collatérale était dispensé du rapport des donations entre vifs qu'il avait pu recevoir.

Le Brun [1], rappelant les dispositions de coutumes qui ordonnaient le rapport en ligne collatérale, dit *qu'elles se singularisent*, et plus loin il ajoute : « Moins la succession est due, moins on doit observer l'égalité ; et c'est pourquoi il ne se fait point de rapport en ligne collatérale [2]. »

DE L'INCOMPATIBILITÉ DES QUALITÉS D'HÉRITIER, DE LÉGATAIRE, DE DONATAIRE ET DE DOUAIRIER.

Nous allons étudier les dispositions des coutumes sur ce point, quoiqu'il ne s'agisse pas d'un rapport proprement dit, mais bien de l'obligation où était l'héritier de s'abstenir du legs qui lui avait été fait.

Et d'abord se présente une observation importante.

I. Certaines coutumes ne se contentaient pas d'imposer à l'enfant donataire entre vifs l'obligation du rapport, elles décidaient d'une manière générale que l'on ne pouvait faire *enfant chéri, enfant de prédilection*.

Il fallait conclure de ces dispositions que les père et mère ne pouvaient faire aux enfants un legs par préciput et hors part.

Parmi les coutumes qui défendaient d'avantager un enfant plus que l'autre, quelques-unes tiraient cette conséquence [3].

(art. 334). A l'est, on trouve les coutumes de Bar (art. 123) ; Bassigny (art. 142) ; Clermont-en-Lorraine (art. 8, ch. IX) ; puis s'offrait le groupe des quatre coutumes suivantes : Paris (art. 301), qui disait : « Peut toutefois entre vifs être donataire et héritier en ligne collatérale ; » Orléans (art. 288) ; Melun (art. 276) ; Auxerre (art. 250).

[1] *Traité des successions* (liv. III, ch. VI, sect. II, n. 21, 22 et 23).

[2] *Junge* Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, § 2, art. 1, n. 3).

[3] Au nord, Calais (art. 95) ; Bourbourg (art. 1, rub. XXI) ; Saint-Omer (art. 31) ; Bergh-Saint-Winox ou Bergues (art. 1, tit. XX) ; Bruges (art. 1, tit. VII) ; Furnes (art. 2, tit. XVIII) ; Nieuport (art. 6, rub. XXI) ; Ostende (art. 4, rub. XII) ; Eecloo et Lembeke (rub. XIX, art. 4) ; châtellenie de Bouchaute (art. 3, rub. XXIII) ; Assenede (art. 2, rub. XXI) ; Gand (art. 2 rub. XXVII) ; Audenarde (art. 1, rub. XXIV) ; Bruxelles (art. 283). A l'est, Clermont-en-Lorraine (art. 3 et 4, ch. VII) ; l'article 4 dit : « Un même enfant ou heritier en ligne directe ne peut être héritier et légataire, *parsonnier* et *aumônier* tout ensemble ; » Bar (art. 165) ; Saint-Mihiel (art. 4,

Il nous paraît, du reste, que dans les coutumes d'*égalité parfaite*, l'enfant ne pouvait être avantagé par testament.

Il faut encore observer que ces dispositions devaient se combiner avec celles relatives aux réserves coutumières. Des coutumes défendaient, en effet, de disposer des propres par testament, soit en totalité, soit pour partie. L'enfant ne pouvait alors recevoir un legs relatif aux propres, mais ce n'était pas l'application du principe que l'un des enfants ne pouvait pas être plus avantagé que l'autre.

II. Enfin, un grand nombre de coutumes proclamaient la maxime nationale et coutumière de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, maxime qui s'appliquait à la ligne directe descendante et ascendante aussi bien qu'à la ligne collatérale [1].

tit. IV); Gorze (art. 12 et 13, tit. VIII). La coutume de Lorraine (art. 1, tit. X) défendait d'avantager l'un des enfants plus que l'autre sur les biens patrimoniaux, et d'après l'article 11 du titre XI, elle permettait à l'enfant d'être héritier et légataire, « mais pour *les meubles et acquêts seulement.* » La coutume d'Epinal (art. 4, tit. V) semble reproduire la même disposition. Puis viennent les coutumes qui se groupent autour de celle de Paris. Paris (anc. cout., art. 124; nouv. cout., art. 303); Etampes (art. 112); Dourdan (art. 108); Montfort-l'Amaury (art. 96); Mantes (art. 162); Troyes (art. 113); Vitry-le-Français (art. 99); Meaux (art. 91); Châteauneuf-en-Thimerais (art. 123); Chartres (art. 100); Dreux (art. 99); Orléans (art. 273); Normandie (art. 424, 427 et 434).

[1] C'étaient, au nord : les coutumes de Calais (art. 93); Bergues (art. 4, rub. XX); ville et châtellenie d'Assenède (art. 7, rub. XX); ville et juridiction de Poperinghe (art. 40, rub. X); Bailleul (rub. VIII, art. 13); Gand (rub. XXVII, art. 7); Audenarde (art. 17, rub. XXIV); Termonde (art. 3, rub. XVII); Bruxelles (art. 283); Saint-Quentin (art. 29); Péronne, Montdidier et Roye (art. 205). Mais cette coutume, tout en proclamant le principe, permettait au testateur de faire le legs par forme de *prélégat et hors part*; Clermont-en-Beauvoisis (art. 137); Valois (art. 80); Senlis (art. 160); coutume du bailliage de Lille (ch. II, art. 12); mais le testateur pouvait permettre le cumul des deux qualités; échevinage de Lille (ch. I, art. 8). Cet article disait : « On ne peut être *aumosnier* et *parchonier* (c'est-à-dire, héritier et légataire). »

A l'est, la coutume de Bourgogne (art. 5, ch. VII) disait : « Le testateur par testament ni ordonnance de dernière volonté ne peut faire l'un de ses vrais héritiers, et qui *ab intestat* lui doivent succéder, meilleur que l'autre. »

Viennent ensuite les coutumes de Paris (anc. cout., art. 121; 300 de la nouvelle); Etampes (art. 109); Dourdan (art. 106); Montfort-l'Amaury (art. 93); Mantes (art. 152); Troyes (art. 112); Vitry-le-Français (art. 100); Chaumont-en-Bassigny (art. 85); Meaux (ch. V, art. 33); Sens (art. 72 et

Parmi ces coutumes, quelques-unes décidaient que l'héritier pouvait répudier l'hérédité et garder son legs [1]. Mais l'incompatibilité n'existant qu'entre les deux qualités d'héritier et de légataire, l'habile à succéder, auquel un legs avait été fait, pouvait toujours renoncer à la succession et conserver le legs.

Quant au testateur, il ne pouvait permettre le cumul que dans les coutumes qui, après avoir proclamé le principe de l'incompatibilité, lui permettaient d'autoriser la réunion de deux qualités sur une même tête. Nous avons cité précédemment des coutumes qui contenaient cette exception.

Mais, en principe, le testateur ne pouvait déroger à l'incompatibilité [2].

III. Des coutumes décidaient, d'une manière expresse, qu'on pouvait être tout à la fois héritier et légataire [3].

IV. Que fallait-il décider dans les coutumes muettes? quel était le droit commun?

Le Brun dit [4] : « Il est certain qu'aux termes de la novelle 18, ch. VI, le rapport et l'incompatibilité des qualités de donataire, ou *légataire* et *héritier*, ne sont établis que pour la ligne directe et non point pour la collatérale; encore je ne trouve comprise dans cette loi que la ligne descendante et non point l'ascendante. »

Ricard exprime la même opinion [5].

Mais nous avons déjà relevé leur erreur et leur fausse interprétation de la novelle 18.

Merlin [6], après avoir réfuté ces auteurs, cite des arrêts qui avaient reconnu la compatibilité entre les qualités d'héritier et

73); Perche (art. 123); Orléans (art. 288); Montargis (art. 3, ch. XIII); Blois (art. 158).

[1] Voir notamment celles de Senlis, de Valois et les deux coutumes de Lille.

[2] Voir Merlin, v° HÉRITIERS, sect. VI, § 10, art. 7. Il cite un arrêt du Parlement du 27 janvier 1777.

[3] C'étaient Reims (art. 288 et 302) ; Tournay (ch. XXIII, art. 24). « Une même personne, disait cet article, peut être *aumosnier* ou *parchonier*, légataire ou héritier. » Lorraine (art. 11, tit. XI).

[4] *Traité des successions*, liv. III, ch. VII, n. 2.

[5] *Traité des donations*, 1er vol., p. 170, n. 648.

[6] V° HÉRITIERS, sect. VI, § 10, art. 1.

de légataire, *même en ligne directe descendante*, car il n'y avait pas de doute pour la ligne ascendante et collatérale [1].

Dans ces coutumes muettes, il suffisait que le testateur fît un legs à l'un de ses héritiers, pour que celui-ci le recueillît par préciput et hors part ; c'était la tradition romaine qui l'emportait.

Pothier disait en effet [2] : « Les coutumes de Paris, d'Orléans et la plupart des autres coutumes, n'obligent point les héritiers collatéraux au rapport des donations entre vifs qui leur auraient été faites par le défunt ; mais elles ne permettent pas qu'on soit en même temps héritier et légataire.

« Il y en a qui permettent expressément d'être héritier et légataire.

« Il y en a qui ne s'en expliquent pas.

« C'est une question à l'égard de celles-ci, si on doit y adopter la disposition de la coutume de Paris et des autres qui la défendent. Il a été jugé, pour la coutume de Vermandois, qu'on ne devait pas les y étendre (arrêt rapporté par Le Brun), ce qui me paraît bien jugé ; car ces coutumes, comme nous le verrons ci-après, n'étant fondées que sur des raisons arbitraires qui ne sont point prises dans la nature des choses, ni dans aucune équité naturelle, ne doivent point être étendues hors de leur territoire ni restreindre, dans les provinces qui n'y sont pas soumises, la liberté naturelle que chacun a de disposer comme bon lui semble de ses biens. D'ailleurs, n'y ayant point d'uniformité sur ce point dans les différentes coutumes, il n'y a pas de raison de suivre plutôt celle de Paris qu'une autre, et on ne peut pas dire que sa disposition générale contienne le droit général du pays coutumier qu'il faille suivre dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées. »

Si on objectait que Pothier parlait ainsi à propos de la ligne collatérale, il faudrait répondre que les principes qu'il énonce sont généraux ; et, d'ailleurs, plus loin (§ 2) il ajoute, après avoir rappelé les articles 300 de la coutume de Paris et 288 de celle d'Orléans : « Ces dispositions ne sont fondées sur aucune incompatibilité naturelle qu'il y ait entre les qualités d'héritier et de légataire ; il y en a bien une entre ces deux qualités, pour la

[1] Merlin cite cependant l'avis contraire de Lemaître, en ce qui concernait les collatéraux.

[2] *Traité des successions*, ch. IV, art. 3, § 1.

portion à laquelle on succède comme héritier ; on ne peut pas être légataire d'une chose pour la portion à laquelle on y succède en qualité d'héritier ; car, ayant acquis cette portion en qualité d'héritier, je ne peux pas l'acquérir une seconde fois en qualité de légataire, *quod meum est, meum amplius fieri non potest;* je ne peux pas être créancier, comme légataire, de la chose qui m'est léguée pour la portion dont je serais, comme héritier, le débiteur, ces deux qualités de créancier et de débiteur se détruisant dans une même personne ; mais si le legs fait à un héritier ne peut pas, par la nature des choses, valoir pour la part qu'il a lui-même dans la chose léguée ; si ces deux qualités sont incompatibles pour cette portion, la nature des choses n'empêche nullement que le legs fait à l'héritier ne soit valable pour les portions de ses cohéritiers dans la chose léguée, *legari a semetipso non potest, a coherede potest.*

« La disposition de nos coutumes sur ce point n'est donc pas fondée dans la nature même des choses ; elle n'est pas fondée non plus sur aucune raison d'équité naturelle ; car ce n'est point une chose contraire à l'équité naturelle que, lorsqu'un de nos héritiers présomptifs nous a été attaché plus que les autres, nous a rendu plus de services, nous puissions lui témoigner l'affection particulière que nous avons pour lui par quelque présent qu'il puisse prendre, malgré sa part dans notre succession. »

V. Recherchons actuellement comment l'on appliquait ces diverses règles, et d'abord celle de l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire.

1° Un ascendant, héritier des propres paternels, pouvait-il être légataire du quint des propres maternels dévolus aux collatéraux ? 2° Un collatéral, héritier des propres paternels, pouvait-il être légataire du quint des propres maternels dévolus à un autre collatéral ? 3° Un héritier des meubles et acquêts pouvait-il être légataire du quint des propres soit paternels, soit maternels ? 4° Enfin, un héritier des propres pouvait-il être légataire des meubles et acquêts ?

Ces questions étaient très-controversées.

Le Brun [1] enseigne la négative et il cite, dans son sens, deux arrêts du Parlement de Paris, rendus les 11 mars 1581 et 9 fé-

[1] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 31 et 41.

vrier 1610. C'était aussi l'avis de Bourjon [1]. Cet auteur affirme que tel était l'usage du Châtelet. Ricard enseigne la même doctrine et la discute d'une manière approfondie [2]; aux adversaires qui invoquaient les décisions du droit romain relatives aux militaires et au pécule *castrense* par rapport au patrimoine ordinaire, il répond que ce patrimoine est unique et qu'on ne peut ainsi distinguer les biens comme s'il y avait deux successions. Il cite l'avis de d'Argentré sur la coutume de Bretagne, des arrêts du Parlement, et il termine en disant : « Ainsi, il faut tenir sans distinction que, en conséquence de la différence des biens, aucun n'est capable de joindre ces deux qualités d'héritier et de légataire. »

Merlin [3], qui examine ces questions, cite aussi dans le même sens Brodeau, Auzanet et Boullenois.

Dans le camp opposé, parmi ceux qui admettaient l'affirmative, se trouvaient, au dire de Merlin, Lemaître, Renusson (*Traité des propres*), Charondas, Ferrière, le président Bouhier, sur la coutume de Bourgogne, de Laurière qui s'exprime ainsi [4] : « Puisque ces patrimoines et ces biens sont tellement distingués, qu'il n'y a point d'accroissement des uns aux autres; puisque les différents héritiers qui les possèdent ne sont point cohéritiers; puisque celui qui prend la succession des uns peut répudier la succession des autres; et, enfin, puisque ce sont des successions distinctes et séparées, où serait la raison de dire que celui qui est héritier dans une de ces successions ne peut être légataire dans l'autre, où il n'est point héritier?

« Le sens de cette règle est donc que celui qui est *héritier*, dans une de ces successions, ne peut être *légataire* dans la même succession; mais, quoique dans une même coutume, il peut, comme on l'a dit, être héritier dans une de ces successions et légataire dans l'autre. »

De Laurière cite Dumoulin, sur l'article 93 de la coutume de Montfort, et Coquille, quest. n° 231. Loisel avait posé comme maxime (règle 12 du titre V) : « Les François, comme gens de

[1] *Droit commun de la France*, 1er vol., p. 955, n. 13 et 14.
[2] *Traité des donations*, 1er vol., p. 177, n. 682 et suiv.
[3] *Répertoire*, v° HÉRITIERS, sect. VI, § 10, art. 2 et 3.
[4] Sur les *Institutes* de Loisel, n. 12.

guerre, ont reçu divers patrimoines et plusieurs sortes d'héritiers d'une seule personne. »

Pothier donne gain de cause à la dernière opinion, sans cependant se dissimuler que la jurisprudence lui est contraire [1].

Merlin est également de cet avis [2]; il cite la jurisprudence qui paraissait avoir adopté l'incompatibilité pour la ligne ascendante et la compatibilité pour la ligne collatérale.

Cette question, prise entre un grand nombre, donne un aperçu de la multitude des controverses que soulevait la législation coutumière.

VI. Venait, en second lieu, l'incompatibilité des qualités d'héritier et de donataire. Elle n'était admise, comme droit commun, que dans la ligne directe descendante. En principe, les ascendants et les collatéraux pouvaient cumuler ces deux qualités.

Aussi Le Brun [3] enseigne-t-il que l'ascendant pouvait être héritier des meubles et acquêts et donataire entre vifs des propres qui seraient dévolus aux collatéraux. Ceux-ci ne pouvaient se plaindre, puisque le fils aurait pu donner ces propres à un étranger ; d'ailleurs, le rapport eût-il été ordonné dans la ligne ascendante, il ne l'eût été qu'en faveur des ascendants et non point en faveur des collatéraux.

De même, un frère pouvait être donataire entre vifs des meubles et acquêts et héritier des propres.

Mais il y avait des coutumes qui obligeaient les collatéraux au rapport ou qui défendaient d'avantager un héritier présomptif.

Le Brun (n° 39) nous apprend que, dans ces coutumes, l'on avait décidé qu'à un héritier des meubles il n'était pas permis de donner des meubles au préjudice de ses cohéritiers dans les mêmes biens, ou à un héritier des propres d'une ligne de lui donner des propres de la même ligne ; mais cela n'empêchait pas de donner des propres à l'héritier des meubles et acquêts ou des propres maternels à l'héritier des propres paternels ; parce que c'était leur donner des biens à l'égard desquels ils étaient étrangers et inhabiles à succéder : ce qui ne tournait pas même, à proprement parler, au préjudice de leurs cohéritiers ;

[1] *Traité des successions*, ch. IV, art. 3, § 2.
[2] V° HÉRITIERS, sect. VI, § 10, art. 2 et 3.
[3] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 24 et suiv. et n. 39.

car des héritiers de diverses lignes n'étaient point cohéritiers.

Le Brun avait adopté, comme nous l'avons vu, une autre opinion sur l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.

VII. Des coutumes avaient aussi introduit à l'égard des enfants l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de douairier.

La coutume de Paris s'exprimait ainsi (art. 250) : « Si les enfants venant dudit mariage ne se portent héritiers de leur père, et s'abstiennent de prendre sa succession, en ce cas ledit douaire appartient auxdits enfants purement et simplement. » Art. 251 : « Nul ne peut être héritier et douairier ensemble, pour le regard du douaire coutumier ou préfix. »

Pothier [1] dit : « La plus grande partie des coutumes n'accordent le douaire qu'à la femme; quelques coutumes l'accordent aussi aux enfants. Celle de Paris est de ce nombre. » N° 291 : « Le douaire des enfants est un certain fonds, soit en héritage ou rentes, soit en argent, que la loi municipale ou la convention du contrat de mariage charge l'homme qui se marie de laisser, après sa mort, aux enfants qui naîtront du mariage, à la charge d'en laisser jouir la mère pendant sa vie... Le douaire des enfants et celui de la femme sont un seul et même douaire, dont la femme a l'usufruit et les enfants ont la propriété. » N° 350 : « Les enfants, pour pouvoir prétendre le douaire dans les biens de leur père, doivent renoncer à sa succession; c'est ce qui résulte des articles 250 et 251 de la coutume de Paris. »

Le Brun [2] dit aussi : « A l'égard de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de douairier, elle est un droit universel en ce royaume. » Il ajoute : « Si l'on considère le douaire comme un titre lucratif, il ne peut pas concourir avec la succession qui est de la même nature [3]. »

VIII. Mais toutes les règles sur le rapport proprement dit et sur l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire ne s'appliquaient pas dans les successions testamentaires. Le droit coutumier avait complétement répudié la doctrine de la novelle 18.

De Laurière [4] s'exprime ainsi : « Quand, en exécution des lois mêmes, il dispose de ses biens et de sa succession, soit par des

[1] *Traité du douaire*, 2e partie, n. 288.
[2] *Traité des successions*, liv. III, ch. VII, n. 18.
[3] *Junge* Merlin (v° HÉRITIERS, sect. VI, § 12).
[4] Sur Loisel, n. 10, *Des testaments*.

legs universels ou particuliers, par des institutions contractuelles ou des donations entre vifs, il peut alors accumuler ces différents titres comme il lui plaît, et faire un enfant donataire entre vifs et légataire universel; ou donataire entre vifs et héritier contractuel; ou enfin héritier contractuel et légataire universel; et les autres enfants, au préjudice de qui ces avantages sont faits, n'ont que leur légitime à demander. »

Le Brun [1] dit aussi: « Au surplus, tous nos testaments étant de simples codicilles, et nos héritiers testamentaires de simples légataires universels, régulièrement nous n'obligeons point les enfants qui viennent en vertu d'un testament de rapporter entre eux [2]. »

AUTRES DISPOSITIONS RELATIVES AU RAPPORT.

Les coutumes contenaient encore des dispositions particulières sur différents points relatifs au rapport. Nous n'avons pas l'intention de les traiter toutes, car nous sommes tenté de dire, comme Le Brun : « L'on n'aura jamais fait, si l'on voulait rapporter toutes les dispositions des coutumes sur ce sujet. » Nous allons donc nous borner à quelques recherches qui offrent encore un véritable intérêt.

I. Il était de principe que, pour être assujetti au rapport, il n'était pas nécessaire d'avoir reçu soi-même la donation.

1° Si un aïeul venait à décéder, le fils était obligé de rapporter la donation faite au petit-fils donataire apparent.

Le Brun donne ainsi le motif de cette disposition [3] : « Nous entrons insensiblement dans la matière des rapports qui se font pour autrui; et, en premier lieu, le fils rapporte ce qui a été donné à son fils par son père, aïeul du donataire, *parce que l'aïeul donne à son petit-fils en vue et en considération de son fils.* » Il constate ensuite que c'est là le droit commun des coutumes.

Pothier ajoute [4] : « C'est un avantage indirect qu'on fait à un

[1] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. I, n. 20.

[2] *Sic* Bourjon (*Droit commun de la France*, ch. IV, sect. 1, n. 4 et 5, sect. II, n. 11 et 15; ch. VI, sect. I, n. 1); Ricard (*Traité des donations*, n. 656, sect. XV, 1er vol, p. 172). Cet auteur cite la jurisprudence qui était formelle. Merlin (v° HÉRITIERS, sect. VI, § 10, art. 9).

[3] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 45.

[4] *Traité des successions*, ch. IV, § 4.

père ou à une mère, lorsqu'on donne à ses enfants... D'ailleurs *il serait facile d'éluder la loi du rapport, si le père qui voudrait donner quelque chose à son fils, sans qu'il fût sujet au rapport, avait la faculté de donner aux enfants de ce fils.* »

Merlin[1] cite, outre l'article 306 de la coutume de Paris, les coutumes d'Orléans (art. 308), de Calais (art. 94), de Blois (art. 168), de Sedan (art. 189 et 190), de Bailleul (rubr. VIII, art. 11) et d'Ypres (rubr. IX, art. 3). Il enseigne aussi que ce principe était de droit commun, et il devait l'être surtout dans les coutumes qui, comme celles de Paris ou d'Orléans, défendaient aux père et mère donateurs de dispenser du rapport l'enfant donataire.

Mais il tenait aussi à cet autre ordre d'idées, que la donation était faite au fils *en considération du père;* aussi avons-nous vu ce principe admis dans les pays de droit écrit, qui permettaient la dispense du rapport[2].

2° Un aïeul venait à décéder après son fils donataire prédécédé, les petits-fils venant à la succession de l'aïeul étaient-ils tenus de rapporter la donation faite à leur père?

Le Brun[3] dit : « Le petit-fils rapporte à la succession de l'aïeul ce que l'aïeul a donné à son père qui est prédécédé, *encore qu'il renonce à la succession de son père;* ce qui est ainsi établi en l'article 308 de la même coutume *pour l'égalité des branches.* »

Pothier[4] ajoute plus explicitement : « Lorsque des petits-enfants viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur père ou mère, ils doivent rapporter tout ce qui a été donné ou prêté à leur père ou mère par l'aïeul à la succession duquel ils viennent: la raison en est bien évidente. Des représentants ne peuvent pas avoir plus de droits dans une succession que la personne qu'ils représentent, et du chef de laquelle ils viennent, suivant ce principe de droit : *qui alterius jure utitur eodem jure uti debet;* ils ne doivent pas plus prendre dans la succession que cette personne y aurait pris; ils doivent être obligés aux mêmes rapports auxquels cette personne aurait été obligée.

[1] V° RAPPORT A SUCCESSION, § 6, art. 3, n. 1.

[2] Voir M. Demolombe, 3e vol., *Des successions,* n. 183, et la note extraite de Le Brun. Cet auteur disait que le père faisait à la succession de l'aïeul donateur une *donation de rapport* pour son fils donataire.

[3] *Traité des successions,* liv. III, ch. VI, sect. 2, n. 46.

[4] *Ibid.,* ch. IV, § 4.

« Cette décision a lieu quand même ils n'auraient pas profité de ce qui a été donné à leur père ou mère qu'ils représentent, et qu'ils auraient renoncé à la succession ; or, comme ce n'est pas de leur chef qu'ils doivent ce rapport, mais du chef de leur père ou mère qu'ils représentent, il est indifférent qu'ils en aient profité ou non. »

Du reste, les coutumes de Paris (art. 308) et d'Orléans (art. 307) avaient à cet égard des dispositions précises [1].

Mais que décidait-on dans le cas où, les pères ou mères donataires renonçant à la succession de l'aïeul, les petits-enfants venaient *de leur chef* à cette succession?

Le Brun [2] assujettit les petits-enfants au rapport de ce qui a été donné à leurs pères et mères, et cela, dit-il, pour deux raisons : « La première, qu'ils viennent à la succession de leur aïeul par une espèce ou une image de représentation, que l'on suppose se pouvoir faire de personnes vivantes, lorsque tous ceux du même degré renoncent également et qu'ainsi elle ne se fait point au préjudice d'un droit acquis. La seconde, qui est la plus importante, est qu'ils viennent par souches et par égalité de branches. » Puis il cite un arrêt du Parlement de Paris rendu dans ce sens.

Mais Pothier, dans le passage que nous avons précédemment cité et dans son introduction à la coutume d'Orléans [3], ne parle que des enfants *venant par représentation*. Et d'ailleurs Le Brun ne se trompait-il pas en disant que les enfants partageaient par souche? Du moment où ils venaient de leur chef, ils devaient partager par tête.

Merlin dit très-bien [4] : « Il est incontestable que, dans ce cas, la représentation est absolument sans effet et que le partage se fait par têtes ; donc, dans ce même cas, point de rapport. »

Enfin, les pères et mères donataires étant décédés, les petits-enfants tous du même degré, venant cependant par représentation, devaient le rapport ; c'est ce que décide Merlin au même endroit.

[1] Voir Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, art. 3, § 5, n. 2) ; et Loisel, *Institutes coutumières* (n. 4, t. VI).

[2] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II.

[3] Tit. XVII, n. 83.

[4] V° RAPPORT A SUCCESSION, § 5, n. 2.

On voit que des auteurs, dans le cas où il s'agissait d'une donation faite au père ou à la mère, n'obligeaient les petits-enfants à rapporter que par suite du principe de la représentation.

3° Une donation étant faite au gendre, la femme, fille du donateur, était-elle tenue de rapporter ?

Les auteurs faisaient une distinction.

Première hypothèse. La femme avait des enfants.

Le Brun [1] dit : « Si la donation porte que c'est pour demeurer propre au gendre, il faudra nécessairement entrer dans le détail, pour examiner si cette donation n'est point faite en fraude des autres enfants du donateur, et pour exempter du rapport la femme du donataire : car, par exemple, si, *le mari et la femme ayant des enfants*, le père de la femme s'avise de donner à son gendre, *pour lui demeurer propre*, ou *pour lui demeurer propre et aux siens*, il est évident qu'il a voulu donner à ses petits-enfants, et que c'est une fraude contre la loi des rapports. C'est pourquoi la femme est obligée au rapport ; vu que la disposition regarde les enfants issus du mariage, lesquels en profitent dans la suite, ce que l'on peut appuyer sur l'article 306 de la coutume de Paris. »

Le Brun, comme on le voit, ne faisait aucune distinction entre la donation de meubles ou d'héritages ; entre le cas où la communauté subsistait encore, ou celui où elle était dissoute ; dans le cas de dissolution, si la femme avait accepté la communauté ou si elle y avait renoncé. Le donateur était toujours censé avoir donné à ses petits-enfants qui profitaient de la donation soit pour le tout, soit pour partie, suivant qu'il y avait eu acceptation de la communauté ou renonciation.

Le Brun assujettissait donc la femme au rapport, en se fondant sur l'interposition de personnes, et sur ce que la mère devait le rapport des donations faites à ses enfants.

Pothier [2] fait au système de Le Brun les restrictions suivantes :

« La décision de Le Brun ne me paraît pas souffrir de difficulté dans le cas auquel les enfants accepteraient la succession de leur père donataire et seraient, par conséquent, censés y trouver ce qui

[1] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 12.
[2] *Traité des successions*, ch. IV, § 4.

lui a été donné; mais si ce gendre à qui la donation a été faite était mort insolvable, et que sa veuve eût renoncé à la communauté, et ses enfants à la succession de leur père, il ne me paraît pas juste que cette veuve fût obligée de rapporter à la succession de son père une donation faite à son mari, dont ni elle, ni ses enfants, n'ont point profité.

« Par la même raison, je penserais que, même dans le cas auquel la communauté du gendre donataire et sa succession seraient acceptées, s'il avait des enfants d'un autre lit, la fille ne devrait être sujette au rapport que pour sa portion et celles des enfants de son mariage, et non pour celles dont les enfants d'un autre lit profitent dans ce qui a été donné à son mari.

« Que si la communauté du gendre subsiste encore lors du partage de la succession du beau-père donateur, je pense que la fille qui a des enfants de lui ne doit être obligée au rapport que provisionnellement, et qu'elle doit avoir la répétition de ce rapport dans le cas où il arriverait que, par sa renonciation à la communauté de son mari, et celle de ses enfants à la succession de leur père, ni elle ni ses enfants n'auraient point profité de la donation. »

Pothier, comme on le voit, ne rejetait pas l'idée d'interposition de personnes, mais il voulait qu'il fût constant que la fille ou les enfants eussent profité de la donation.

D'après Merlin [1], la question ne devrait, dans la pureté des principes, souffrir aucune difficulté; il suffirait pour la résoudre de distinguer s'il y a communauté entre les époux ou s'il n'y en a point. Dans le premier cas, la femme, profitant de la donation pour la moitié, devrait purement et simplement la rapporter jusqu'à cette concurrence, sauf à répéter par la suite, si elle venait à renoncer à la communauté. Dans le second, elle ne serait tenue à aucun rapport.

Puis, plus loin, il réfute ainsi tout à la fois Le Brun et Pothier : « Pour obliger la fille au rapport de ce qui a été donné à son mari et a passé par droit de succession entre les mains de ses enfants, il faut admettre deux fictions : l'une, que, dans la thèse générale, la donation faite aux enfants est censée faite à la mère; l'autre, que, dans le cas particulier, la donation faite au

[1] V° RAPPORT A SUCCESSION, § 5, n. 4.

père doit être réputée faite aux enfants, et, par contre-coup, à la mère. Or, peut-on faire concourir ensemble deux fictions de cette espèce?... Ce serait une subtilité excessive, et dans une matière qui tient autant à la simple équité que le rapport, on ne doit pas sophistiquer à un tel point. »

Merlin n'acceptait donc pas l'interposition de personnes; il se demandait seulement si la femme avait profité de la donation; et si elle en avait profité ou si elle pouvait en profiter, elle devait le rapport, seulement il pouvait être *provisionnel*, dans le cas où la communauté existait encore, car la femme avait la faculté de renoncer à la communauté.

Deuxième hypothèse. Il n'y avait point d'enfants issus du mariage.

Le Brun distingue[1] : « S'il n'y a point d'enfants du mariage et que le gendre ait beaucoup mérité de son beau-père et lui ait rendu des services importants, la donation peut être sans aucune fraude. Comme, au moyen de la clause[2], elle n'entre point en communauté, l'on peut soutenir que la femme n'est point obligée de la rapporter à la succession de son père. » Il cite dans ce sens un arrêt du Parlement de Toulouse à la date du 2 juin 1631.

Puis, passant à l'hypothèse où la donation faite par le beau-père au gendre n'était pas stipulée lui devoir demeurer propre, « en ce cas, dit-il, comme elle n'est pas propre au gendre, et qu'elle entre en communauté, soit qu'elle soit d'une somme de deniers, soit d'un immeuble[3], il est certain que si la femme accepte la communauté, elle est tenue de rapporter : mais la question est de savoir si elle rapportera en ce cas le tout ou une partie.»

D'après Le Brun, elle doit rapporter le tout, « parce qu'autrement la donation serait en fraude, et il s'y trouverait le dessein et l'événement de la fraude; le dessein, en ce qu'un père, au lieu de donner à sa fille, donnerait à son gendre qui est en communauté avec sa fille; et l'événement, en ce que la fille, acceptant la communauté, aurait la même part dans la donation que si elle lui eût été faite, supposé qu'il s'agisse d'une somme de

[1] *Traité des successions*, loc. cit., n. 12 et 13.

[2] Clause que la donation restera propre au gendre.

[3] On sait que, dans l'ancien droit, la donation d'immeubles n'était un propre de communauté que si elle constituait un propre de succession. La donation d'immeubles était donc, en principe, un conquêt.

deniers; et s'il s'agit d'un immeuble, en ce que la fille aime mieux y avoir moitié en propriété, et la jouissance en commun pendant le mariage, après lequel la moitié de son mari passera encore à leurs enfants communs, ou aux collatéraux de son mari, et ne rapportera que la moitié de la donation, que d'avoir le tout en propriété, et rapporter aussi le tout à la succession de son père. »

Au numéro 14, le même auteur décide que si, lors de la mort du beau-père, la fille avait renoncé à la communauté, elle ne devait pas le rapport; et au numéro 15, que, si la succession du donateur était ouverte pendant la communauté existant entre le gendre et la fille, celle-ci devait le rapport, bien qu'elle pût renoncer par la suite.

En résumant la doctrine de Le Brun, on arrive à constater les solutions suivantes :

1° Si le gendre et la fille du donateur avaient des enfants, la donation faite au père était censée faite aux petits-enfants, et par voie de conséquence la fille devait rapporter une donation qui était faite à ses enfants. Le Brun cumulait deux interpositions de personnes pour arriver à ce résultat; Pothier, moins hardi que Le Brun, ne contestait pas le point de départ, mais en restreignait l'application. Merlin nie le raisonnement de Le Brun et, suivant nous, avec plus de raison, assujettit seulement au rapport la femme qui avait profité de la donation; mais, dans certains cas, il fut obligé d'avoir recours à un rapport *provisionnel*.

2° S'il n'y avait point d'enfants et que la donation eût été faite au gendre, sans qu'elle fût stipulée devoir lui rester propre, Le Brun, voyant dans le gendre une personne interposée, décidait que la femme devait le rapport pour le tout, si elle avait accepté la communauté ou si la communauté subsistait encore; et, au contraire, qu'elle était affranchie du rapport, si elle renonçait à la communauté.

Cette dernière solution, tout à fait contradictoire, ne fut pas acceptée par Pothier.

En effet, s'il y avait interposition de personne, si le gendre masquait la fille, il fallait l'obliger à rapporter, même si elle avait renoncé à la communauté, absolument comme si elle était donataire en son nom propre.

Pothier n'admettait donc pas l'interposition de personne; et parlant d'une donation d'effets mobiliers, il disait : « Il ne me paraît pas vrai que la donation faite au gendre doive être réputée faite à la fille; le gendre peut mériter assez par lui-même l'amitié de son beau-père pour qu'il lui fasse une donation : on en fait bien à des étrangers, pourquoi donc ne pas croire qu'elle est véritablement faite au gendre lorsque l'acte le porte? Il est vrai que, par rapport à la question présente, la chose est très-différente. Lorsque la donation est faite à la fille elle-même, elle se soumet, en l'acceptant, au rapport; c'est par son canal qu'elle tombe en la communauté de son mari, et par conséquent la chose donnée lui est suffisamment parvenue, pour qu'elle soit tenue du rapport, quoique la dissipation de son mari l'ait empêchée d'en profiter: mais lorsque la donation a été faite au gendre, la fille ne peut être malgré elle obligée à un rapport auquel elle ne s'est jamais soumise, au rapport d'une donation qu'elle n'a point acceptée, et des choses qui ne lui sont jamais parvenues. »

Quand il y avait donation de meubles faite au gendre, Pothier décidait donc que la fille devait le rapport de la moitié si elle avait accepté la communauté; qu'elle ne devait aucun rapport si elle avait renoncé; et enfin que, si la communauté entre le gendre et la fille subsistait, cette dernière devait le *rapport provisionnel* de la moitié pour le cas où elle accepterait la communauté.

Pothier fait observer que, s'il s'agit d'une donation d'immeubles, on doit présumer que la donation est faite au gendre et la fille devrait le rapport de ce dont elle aurait profité, car, dit-il : « La raison de Le Brun ne se rencontre plus, on ne peut plus dire alors que la donation faite au gendre a le même effet que si elle eût été faite à la fille elle-même. »

Faite au gendre, la donation constituait un conquêt; faite à la fille, elle constituait un propre de succession, et par suite un propre de communauté. Dans le premier cas, la fille pouvait profiter de la moitié seulement; dans le second cas, la fille conservait la totalité de l'immeuble. On a vu les singulières raisons que donnait Le Brun pour ne pas distinguer entre la donation de meubles ou d'immeubles.

Merlin (*loco citato*) se borne à citer Pothier, dont il adopte

l'avis sur cette seconde hypothèse, avis qui du reste rentre dans le principe formulé par Merlin, qu'il fallait seulement rechercher qui en dernière analyse devait profiter de la donation.

3° Si la donation était faite au gendre après la mort de la fille, Le Brun (n° 12), sans distinguer, obligeait les petits-fils au rapport. Il y voyait une interposition de personnes.

Pothier distingue et se demande si les petits-fils ont profité de la donation : « Si le beau-père, dit-il, après la mort de sa fille, donne à son gendre, ses petits-fils, enfants de cette fille, ressentent indirectement l'avantage de cette donation, ayant trouvé dans la succession de leur père ce qui a été donné à leur père, si elle est déjà échue : c'est pourquoi ils doivent être sujets au rapport; mais s'ils ont renoncé à la succession de leur père, ils n'en doivent point le rapport, n'en ayant pas profité. Si leur père donataire vivait encore lors du partage de la succession de leur aïeul maternel, ils devraient s'obliger à rapporter, lors de la mort de leur père, ce qui lui a été donné, au cas qu'ils acceptent la succession. » Ricard disait de son côté [1] : « Nous considérons deux sortes de personnes tellement jointes ensemble, savoir : le père ou la mère avec l'enfant, et le mari avec la femme, *que nous les réputons un.* »

4° Il y avait enfin des cas exceptionnels où le frère était obligé de rapporter la donation faite à son frère ou à sa sœur.

Lebrun [2] et Pothier [3] citent en premier lieu le cas où une fille, par contrat de mariage, avait renoncé, moyennant une modique dot, à la succession au profit de son frère aîné; cet aîné qui succédait à sa place, à sa portion, était obligé aux mêmes rapports auxquels la fille eût été obligée, et par conséquent au rapport de la dot.

Pothier signale en second lieu le cas où les petits-enfants venaient, par représentation de leur père ou mère, à la succession de leur aïeul. Si une donation avait été faite à leur frère prédécédé, les père et mère qu'ils représentaient eussent été obligés à faire le rapport d'après les principes que nous avons vus. Les petits-enfants, représentant leurs père et mère, devaient rap-

[1] *Traité des donations*, vol. 1, n. 714.
[2] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 64.
[3] *Traité des successions*, ch. IV, § 4.

porter cette donation faite à leur frère, quand même celui-ci l'eût dissipée [1].

En ligne collatérale, même dans les coutumes qui assujettissaient l'héritier au rapport des donations entre vifs, on ne l'obligeait au rapport que de ce qui avait été donné à lui-même, et toutes les difficultés qui se présentaient pour la ligne directe n'étaient pas soulevées à l'égard des collatéraux.

Pothier dit [2] : « La raison de ces différences est que les biens d'une personne n'étant pas dus à ses héritiers collatéraux comme ils le sont à ses enfants, on n'a pas jugé à propos d'observer l'égalité entre les héritiers collatéraux avec le même scrupule qu'entre les enfants. »

Toutefois, quelques coutumes défendaient d'avantager *l'un de ses héritiers ou l'héritier présomptif d'un de ses héritiers*. Dans ce cas, on ne pouvait donner à l'enfant d'un héritier collatéral sans que celui-ci fût tenu de rapporter [3].

Cet exposé peut donner une idée de toutes les difficultés que suscitaient, dans le droit coutumier, les rapports qui se faisaient pour autrui [4].

II. A quelle succession devait se faire le rapport? En principe, à celle du donateur.

Loisel, dans ses *Institutes coutumières*, posait, dès le seizième siècle, la maxime suivante [5] : « Enfants avantagés de père et mère doivent rapporter ce qui leur a été donné en mariage ou autrement, *moitié en une succession, moitié en l'autre.* »

Les coutumes de Bruges (tit. VII, art. 2), Verdun (tit. II, art. 12), Lagorgue (art. 123) et Vitry (art. 73), sans distinguer si les pères et mères avaient donné conjointement un meuble ou un immeuble, un immeuble conquêt ou acquêt, ou un propre décidaient que le donataire devrait faire rapport moitié en temps du premier décès et moitié à l'autre décès.

Pothier enseigne la même doctrine, comme droit commun,

[1] *Junge* Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, § 5, n. 3).

[2] *Traité des successions*, ch. IV, § 2 et 3.

[3] Voir Merlin (§ 5, n. 1), et Lebrun (liv. III, ch. VI, sect. II, n. 43).

[4] Voir l'exposé dans M. Demolombe (*Successions*, vol. 4, n. 183 et suiv.).

[5] Liv. II, tit. VI, n. 2.

seulement l'époux auquel n'appartenait pas le propre devait récompense à son conjoint [1].

D'autres coutumes décidaient que le rapport d'un propre devait se faire en entier à la succession de celui auquel l'héritage donné appartenait [2].

Il est évident, d'après ces coutumes, que, la mère qui avait donné le propre venant à prédécéder, le rapport devait se faire en entier à sa succession.

Le Brun enseignait cette doctrine d'une manière générale même pour les coutumes qui ne s'en exprimaient pas formellement, toutes les fois du moins que l'on n'avait pas commencé par récompenser la succession de la mère qui avait donné le propre.

Il dit en effet [3] : « Il faut répondre qu'à moins que les frères n'aient commencé par un partage de communauté, dans lequel on ait fait un remploi à la succession de la mère de la moitié de ce propre, le rapport se doit faire du total de l'héritage à la succession de la mère, parce qu'il n'est pas juste d'obliger les cohéritiers de poursuivre un remploi, tandis que l'un d'eux a dans ses mains le propre de la succession. Et de fait, si le père était insolvable, il serait vrai de dire, qu'encore que le père et la mère eussent donné conjointement, néanmoins toute la donation se trouverait faite aux dépens de la mère. C'est pourquoi, en ce cas, le total devrait être rapporté à la succession de la mère; et quoique le père soit solvable, il est encore de l'ordre que les biens du côté du père suivent la succession du père, et ceux du côté de la mère celle de la mère, etc. »

Merlin [4] trouve ces observations judicieuses. Mais il nous semble que la doctrine de Le Brun sacrifiait entièrement les droits du donataire qui avait intérêt à ne faire le rapport que par moitié à chaque succession. Celle de Pothier, qui écrivait pour les coutumes de Paris et d'Orléans, est d'autant plus exacte que d'autres

[1] *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 5.

[2] Laon (art. 90 et 92); Châlons (art. 102); Senlis (art. 151); Clermont-en-Beauvoisis (art. 148); Clermont-en-Argonne (tit. IX, art. 4); Bar (art. 134); Troyes (art. 142); Melun (art. 274); Sens (art. 89 et 264); Auxerre (art. 244), et Nivernais (art. 10, tit. XXVII).

[3] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 72.

[4] V° RAPPORT A SUCCESSION, § 6, n. 3.

coutumes, pour obliger le donataire au rapport de la totalité du propre à la succession de celui auquel il appartenait, avaient été obligées de s'expliquer de la manière la plus formelle.

Si le père auquel n'appartenait pas le propre venait à prédécéder, le donataire, dans les dernières coutumes que nous signalions tout à l'heure, pouvait-il s'affranchir du rapport et attendre que la succession de la mère fût ouverte?

Lebrun (n° 75) enseignait la négative; il obligeait le donataire à rapporter la moitié du propre ou la valeur à la succession du père. « Et la raison, dit-il, est que le remploi de la mère dont le propre est aliéné prévient en ce cas le rapport qui doit être fait un jour à sa succession. »

Il entendait les coutumes de Laon et autres précédemment citées pour le cas où celui dont procédait le propre prédécédait; « car, dit-il, s'il survit et qu'il récupère par son remploi la moitié de son propre, quelle apparence de ne pas obliger la fille donataire de rapporter la moitié de la valeur du propre à la succession échue qui a payé cette moitié, ou qui la doit acquitter actuellement en payant le remploi dû au survivant. »

C'est aussi l'avis de Merlin (*loco citato*), et la coutume de Reims disait (art. 318) : « Si l'héritage donné est du naissant de la mère, et si elle en est récompensée, se rapportera tel héritage moitié à la succession du père et moitié à la succession de la mère; et, si elle n'a été récompensée, ledit héritage se rapportera à la succession de la mère seulement. »

Si le père ou la mère figurait seul à la donation et qu'il s'agît d'un propre, il est évident, comme l'enseignent Pothier et Merlin, que le rapport devait avoir lieu en entier à la succession du donateur.

S'agissait-il d'effets de communauté donnés par le mari, il fallait faire une distinction : la femme acceptait-elle la communauté, elle était censée avoir donné avec le mari, et le rapport devait avoir lieu moitié à la succession du père, moitié à celle de la mère; la femme renonçait-elle à la communauté, le mari était considéré comme seul donateur, et dès lors le rapport devait avoir lieu en entier à sa succession [1].

III. Parlons actuellement des choses sujettes au rapport.

[1] Voir Pothier et Merlin aux endroits cités.

Le droit commun étant que les pères et mères ne pouvaient avantager un de leurs enfants plus que l'autre, il s'ensuivait que le rapport était dû tant des avantages *directs* que des avantages *indirects*. Quant au développement de ce principe, nous renvoyons à Pothier et à Merlin[1].

Un grand nombre de coutumes dispensaient certaines donations du rapport. Pothier disait : « On peut dire, en général, que c'est tout ce qui est donné aux enfants pour leur aliment et leur éducation. » Ces auteurs peuvent être consultés sur tous ces détails[2].

Mais parmi les choses données figurait la dot constituée au profit de la fille.

Dans les pays de droit écrit, on suivait, comme nous l'avons dit, la novelle 97, ch. VI, dans le cas où le mari était devenu insolvable. Mais ces principes n'avaient point été admis dans les pays coutumiers.

Pothier, dans son *Traité des successions*, n'en fait aucune mention, et Le Brun, supposant une fille donataire d'une somme d'argent, décide qu'elle doit le rapport, même si elle renonce à la communauté[3].

Cependant Duparc-Poullain, jurisconsulte breton, dit[4] : « La fille est tenue au rapport à l'égard de la dot payée par son père à son mari devenu insolvable, parce que le père est présumé prendre conseil pour ses enfants; il n'en est pas de même, suivant le sentiment commun, pour les dotations faites lors du mariage par la mère ou les collatéraux. La fille est admise à céder à ses consorts l'action contre son mari, devenu insolvable.»

Quant aux prêts faits par le défunt, ils devaient être rapportés par l'héritier débiteur.

Le Brun[5] indique les motifs de cette disposition dans cet ex-

[1] Pothier, *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 2; Merlin, v° RAPPORT A SUCCESSION, § 3.

[2] Voir cet auteur (*Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 3); Le Brun liv. III, ch. VI, sect. III), et Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, § 4).

[3] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 11. Voir Guy de Lacombe, annotateur de Despeisses (au passage cité plus haut); Merlin (v° DOT, § 16); on y rappelle la novelle 97, pour *les pays de droit écrit*. *Sic* Bourjon (*Droit commun de la France*, 2e partie, ch. VI, sect. II, n. 9).

[4] *Principes du droit français*, sect. XII, n. 315 et 316, vol. 4.

[5] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 2.

ellent passage : « Le fils qui a emprunté de son père une somme de deniers est obligé de la rapporter à la succession, suivant les arrêts qui sont communs dans les livres. Et cette jurisprudence est fondée sur ce que le père qui prête, et qui n'exige pas pendant sa vie, est présumé donner par anticipation de succession ; que d'ailleurs le prêt fait par le père deviendrait un avantage s'il n'était point sujet à rapport ; et que la première règle du rapport est l'égalité, qui se trouverait autant blessée par le défaut du rapport de ce qui a été prêté que de ce qui a été donné : car il se peut faire que le fils ait des créanciers antérieurs au père, qui, par la priorité de leurs hypothèques, viendront avant les cohéritiers sur les immeubles dont le fils débiteur sera héritier. Ainsi, le fils profitera doublement si ses cohéritiers n'ont la faculté de lui imputer sa dette sur sa portion héréditaire, et c'est ce qui a établi l'usage du rapport de la dette en ligne directe. »

Puis (n° 7) il ajoute : « L'on a trouvé le rapport ou l'imputation de la dette de l'héritier envers le défunt sur sa part héréditaire si juste et si raisonnable, qu'encore qu'il soit constant qu'en la coutume de Paris et ses semblables le rapport n'a point lieu en collatérale, néanmoins on a prétendu que l'on pouvait imputer à l'héritier collatéral, sur sa portion héréditaire, ce qu'il devait à la succession, au préjudice de ses créanciers dont la créance était antérieure à celle du défunt ; et cela a été au Palais le sujet d'une fameuse dissertation. »

Pothier dit[1] : « On a poussé si loin l'exactitude des rapports, qu'on a obligé l'enfant au rapport non-seulement des sommes qui lui auraient été données, mais même de celles qui lui auraient été prêtées... On a jugé que ce serait un avantage indirect si un père faisait, par ce moyen, passer son argent comptant à l'un de ses fils pendant que les autres n'auraient à la place qu'une simple créance[2]. »

Le rapport des dettes devait se faire par une imputation sur la part de l'héritier débiteur au profit des cohéritiers, qui prélevaient une portion égale sur la masse de la succession.

Mais cette imputation et ce prélèvement avaient-ils lieu à

[1] *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 2.

[2] *Sic* Bourjon (*Droit commun de la France*, tit. XVII, 2e partie, ch. VI, sect. II, n. 8 ; et sect. IV, n. 47 et 50) ; Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, § 3, n. 14).

l'encontre des créanciers personnels de l'héritier débiteur, de telle sorte que les cohéritiers eussent un droit de privilége sur la portion héréditaire de leur cohéritier ?

Le Brun examine fort au long cette question à propos de l'héritier en ligne collatérale [1]. Voici l'exemple qu'il donne : « Supposé que l'héritier dût 8,000 livres au défunt, que la part afférente de l'héritier débiteur soit de 20,000 livres, y ayant 80,000 livres de biens dans la succession et quatre héritiers, on demande si, après que la confusion a eu lieu en la personne de l'héritier pour une quatrième partie de la dette, c'est-à-dire pour 2,000 livres, l'on prendra encore au profit de ses cohéritiers, sur sa portion héréditaire, le restant de sa dette, c'est-à-dire les 6,000 livres, ou si ses créanciers antérieurs au défunt viendront sur sa portion, selon l'ordre de leurs hypothèques et par conséquent préférablement aux cohéritiers. »

Le Brun nous dit que cette question a été, au Palais, le sujet d'une fameuse dissertation. Il expose les raisons pour les cohéritiers et pour l'imputation, et les raisons pour les créanciers et contre l'imputation, et il termine en concluant : *que les lots étant garants les uns des autres, il est certain que la part du cohéritier débiteur serait responsable de son insolvabilité.* »

Il semble résulter du passage de Le Brun que l'on ne faisait pas de difficulté d'admettre ce résultat pour la ligne directe qui était tenue *au rapport*.

Bourjon [3] dit : « Cela aurait lieu encore que le fils débiteur fût insolvable, et que, par son insolvabilité, il y eût à perdre pour les créanciers ; parce que les lots sont par privilége affectés à la garantie les uns des autres, au moyen duquel privilége l'imputation du montant de la dette sur le lot de l'enfant débiteur, et ce par privilége, devient inévitable, puisqu'elle évite le circuit des actions. »

Il ajoute : « Cette imputation est si inévitable, qu'elle a lieu même en ligne collatérale, » et il cite Le Brun.

Le rapport des dettes se faisait à la succession du *créancier*. Pothier disait [4] : « Lorsqu'un père, étant en communauté avec

[1] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 7.

[2] M. Labbé réfute ce motif (*Revue pratique*, t. VII, p. 475).

[3] *Droit commun de la France*, 2e partie, *Des successions*, sect. IV, n. 49.

[4] *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XVII, n. 87.

sa femme, a prêté une somme d'argent à l'un de ses enfants, le rapport s'en fera par moitié à chacune des successions du père et de la mère en cas d'acceptation de la communauté; mais en cas de renonciation à la communauté, le rapport s'en fera, pour le total, à la seule succession du père; parce que c'est au père seul, en ce cas, à qui la somme est due. »

Le Brun donne la même solution [1], et, d'après ce que l'on vient de dire, on conçoit l'intérêt de la solution pour l'héritier débiteur et pour ses créanciers personnels, qui auront d'autant moins à souffrir de l'imputation des cohéritiers.

Le prêt pouvait avoir été fait au gendre : la fille devait-elle le rapport?

Le Brun fait les distinctions suivantes [2] : « Si la fille a parlé dans l'obligation, elle est tenue d'en faire le rapport à la succession de son père, encore qu'elle renonce à la communauté. Que si elle ne s'est point obligée avec son mari, alors ou elle accepte la communauté, ou elle y renonce. Au premier cas, elle doit faire le rapport jusqu'à la concurrence de ce qu'elle profite de la communauté et même indistinctement; car, en ce cas, ce n'est pas une dette, mais c'est un avancement d'hoirie; au second cas, elle n'est point du tout obligée de rapporter ni de souffrir aucune imputation de la dette sur la part héréditaire. »

Pothier donne la même solution [3].

Mais la femme acceptante devait-elle le rapport pour moitié ou seulement jusqu'à concurrence de son émolument? La question paraît avoir été controversée. On vient de voir l'avis de Le Brun. Il se fondait sur ce qu'il y avait rapport d'un don en avancement d'hoirie et non pas *payement d'une dette*.

Mais la question du rapport pouvait se présenter pendant que la communauté du gendre et de la fille subsistait encore.

Le Brun donne les raisons pour et contre et il termine ainsi [4] : « Il faut donc conclure que la femme, du père de laquelle le mari a emprunté, n'est point obligée de rapporter la somme à

[1] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 4.

[2] Liv. III, ch. VI, sect. II, n. 5.

[3] *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 4; et joindre Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, § 5, n. 4, *in fine*); et Loisel (*Institutes coutumières*, n. 5, tit. VI).

[4] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II.

la succession de son père, quoique sa communauté avec son mari subsiste actuellement; sauf aux cohéritiers à exiger du mari leurs parts et portions de la dette, même contre la femme, si elle a accepté la communauté après la dissolution du mariage. »

Les petits-enfants, venant par représentation de leur père ou mère, rapportaient les sommes prêtées à ces derniers, comme les dons et d'après les mêmes principes [1].

L'annotateur de Le Brun enseignait que si un fils débiteur envers son père avait fait faillite et qu'il lui eût été fait remise, par un contrat d'atermoiement, auquel son père avait été obligé de souscrire, le fils ne laisserait pas d'être tenu de précompter la somme entière qui lui avait été prêtée. C'était aussi l'opinion de Pothier [2].

Enfin, pour terminer sur ce point, disons que l'héritier débiteur pouvait s'affranchir du *rapport* en renonçant à la succession, mais qu'il ne s'affranchissait pas de la *dette*.

IV. On était d'accord pour décider que le rapport des donations n'était dû ni aux créanciers de la succession, ni aux légataires, mais bien aux cohéritiers [3].

Nous ne signalerons que deux questions qui étaient controversées :

1° On se demandait, dans les coutumes d'égalité parfaite, si les renonçants devaient rapporter aux héritiers renonçants.

Sur cette question, dit Le Brun [4], « il y eut un arrêt qui ordonna une enquête par turbes; mais les parties transigèrent et la question demeura indécise; néanmoins la plupart des turbiers allaient à exclure le rapport qui n'est dû qu'à celui que la coutume saisit de la succession, c'est-à-dire au plus proche héritier, ce rapport devant augmenter la masse des biens. A quoi l'on peut ajouter que les coutumes qui obligent les renonçants au rapport sont odieuses, puisqu'elles vont à dépouiller un gendre de la dot de sa femme sur laquelle il a contracté. »

2° Dans ces mêmes coutumes, les créanciers personnels de

[1] Pothier (*Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 4).

[2] *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 2; *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XVII, n. 78.

[3] Voir Pothier (*Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 6); Merlin (v° RAPPORT A SUCCESSION, § 7).

[4] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 65.

l'héritier acceptant pouvaient-ils exiger le rapport du renonçant?

Le Brun cite un arrêt de 1674 qui a jugé la négative, mais Pothier dit, avec raison, qu'il ne voit pas le motif de cette décision [1].

V. Les auteurs traitaient, en dernier lieu, de la manière dont s'effectuait le rapport et de ses effets.

Le rapport s'effectuait soit en nature, soit en moins prenant. Le rapport en moins prenant s'appliquait, en général, aux meubles. Quant aux immeubles, sauf quelques coutumes qui permettaient au donataire de rapporter la valeur de l'immeuble donné, le rapport devait avoir lieu en nature, et Pothier cite, comme droit commun, l'article 306 de la coutume d'Orléans, ainsi conçu : « Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence et espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté, et faisant ledit rapport en espèces, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation desdits héritages; et si lesdits cohéritiers ne veulent rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au temps, que division et partage est fait entre eux, déduction faite desdites impenses. »

Cet article était la reproduction presque textuelle de l'article 305 de la coutume de Paris.

Quant aux effets du partage, ils se ramenaient en principe à la règle : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

APPENDICE.

A. Cette variété de coutumes faisait naître des difficultés nombreuses pour dégager le droit commun, et Merlin disait, avec raison [2] : « Il serait à désirer que nous eussions des lois certaines sur le cas où il faut recourir au droit écrit et sur ceux où il faut suivre l'esprit général des coutumes. Nous n'avons, sur cette matière, que des principes vagues, et dont

[1] *Junge* Merlin, paragraphe précité, n. 6 et 7.

[2] *Répertoire de jurisprudence* (v° HÉRITIER, sect. VI, § 10, art. 3, n. 1).

l'application fait naître une foule de procès qui se jugent tantôt d'une façon, tantôt d'une autre. »

Mais ces difficultés se compliquaient encore quand il fallait combiner les dispositions si variées des coutumes avec les principes du statut personnel et du statut réel [1].

Notre travail ne nous semblerait pas complet, si nous ne donnions un aperçu des principes que l'on suivait et de ceux sur lesquels on discutait.

1° En ce qui concernait les rapports des donations entre vifs, quelle coutume fallait-il suivre?

La succession pouvait être ouverte dans une coutume qui permettait au donataire de s'affranchir du rapport en renonçant et les biens pouvaient être situés dans une coutume d'égalité parfaite, ou réciproquement.

S'agissait-il d'immeubles, les règles sur le rapport constituant un statut réel, il fallait appliquer la coutume où étaient situés ces immeubles; s'agissait-il, au contraire, des meubles, il fallait s'en tenir à celle du domicile du défunt.

Pothier [2] dit : « Dans cette variété de coutumes, il faut suivre celle du lieu où les héritages donnés sont situés; par exemple, si un Orléanais a donné à l'un de ses enfants un héritage situé dans le Dunois, l'enfant donataire ne pourra pas le garder en renonçant à la succession, parce que la coutume de Dunois, dans laquelle l'héritage est situé, oblige l'enfant au rapport, même en cas de renonciation, et la coutume d'Orléans, dans laquelle la succession est ouverte, ne sera pas, à cet égard, suivie; *vice versâ*, si un Dunois a donné à l'un de ses enfants un héritage situé dans la coutume d'Orléans, cet enfant pourra, nonobstant la coutume de Dunois, garder cet héritage, en renonçant à la succession, parce que la coutume d'Orléans, où l'héritage est situé, le permet. »

2° Quant à l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire, des coutumes l'admettaient, d'autres la rejetaient.

De là plusieurs questions importantes.

La première est très-bien posée par Pothier [3] : « Dans la va-

[1] Voltaire disait qu'en France on changeait de lois toutes les fois que l'on changeait de chevaux de poste.

[2] *Traité des successions*, ch. IV, art. 2, § 1.

[3] Ch. IV, art. 3, § 1.

riété des coutumes pour décider si l'héritier peut prendre dans la succession le prélegs qui lui est fait, doit-on suivre la coutume du lieu où le testateur avait son domicile, ou celle du lieu où l'héritage légué est situé? »

Il constate que la loi qui ne permettait pas d'être héritier et légataire était un statut réel.

« C'est pourquoi, dit-il, si un testateur demeurant dans la coutume de Reims, qui permet les prélegs faits aux héritiers, lègue à un de ses héritiers un héritage situé dans le territoire de la coutume de Paris, ce legs ne sera pas valable, parce que la coutume de Paris, qui défend ces prélegs, exerce son empire sur tous les héritages situés en son territoire indifféremment à l'égard de toutes sortes de personnes et, par conséquent, même à l'égard de ce Rémois; au contraire, un Parisien peut faire un prélegs d'un héritage situé à Reims, parce que la coutume de Paris, qui défend les prélegs, ne peut avoir d'empire que sur les héritages situés dans son territoire, et ne peut empêcher le prélegs d'un héritage situé dans une coutume qui le permet.

« Si ce legs était de choses mobilières, ajoute Pothier, ou autres qui n'ont point de situation et suivent la personne à qui elles appartiennent, en ce cas, ce serait la coutume à laquelle la personne du testateur est soumise, c'est-à-dire celle du domicile que le testateur avait lors de son décès, qui décidera la validité ou l'invalidité du legs [1]. »

Mais une question des plus vivement controversées dans l'ancien droit était celle de savoir si on pouvait être héritier dans une coutume d'incompatibilité et légataire dans une autre coutume également d'incompatibilité, alors qu'on ne serait pas, dans cette dernière, appelé à l'hérédité.

Ainsi, pouvait-on être héritier à Paris et légataire de biens situés dans le ressort de la coutume d'Orléans, alors qu'on n'était pas héritier dans cette dernière?

Pour la négative, on peut citer d'abord Le Brun [2]; il s'appuyait sur la qualité indivisible d'héritier, qui ne permettait pas de re-

[1] *Sic* Le Brun (*Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 35 et 36); Merlin (v° HÉRITIERS, sect. VI, § 10, art. 10, n. 1). Cet auteur cite, dans le même sens, Renusson, Boullenois et Rousseau de Lacombe. Ce cas, dit-il, n'est susceptible d'aucune difficulté.

[2] *Traité des successions*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 34.

noncer à une succession déférée dans une coutume, pour accepter la succession déférée dans une autre ; il ajoutait que le principe de l'égalité réclamait cette solution.

L'annotateur de Le Brun dit : « La raison est que la qualité d'héritier est indivisible, et qu'elle dépend de la volonté des parties et non de la situation des biens. »

Ricard est de cet avis [1] ; il conclut ainsi : « Il faut tenir sans distinction que ni en conséquence de la différence des biens [2], ni par leurs diverses situations en différentes coutumes, aucun n'est capable de joindre ces deux qualités d'héritier et de légataire [3]. »

Dans l'opinion contraire, Merlin cite notamment Dumoulin, sur l'article 93 de la coutume de Montfort; Pithou, sur l'article 112 de la coutume de Troyes; Coquille, dans sa question 232; Charondas en ses *Pandectes*, liv. III, ch. IV.

Il aurait encore pu invoquer l'autorité de Pothier [4]. Ces auteurs partaient du principe qu'il y avait autant de successions que de biens situés dans différentes coutumes, et qu'il s'agissait d'un statut réel. L'habile à succéder pouvant accepter l'une des successions et répudier l'autre, il s'ensuivait qu'il pouvait être héritier dans une des coutumes et légataire dans l'autre.

Merlin, qui discute longuement et savamment la question, se range de cet avis, et il soutient que la jurisprudence l'avait aussi adopté.

Le Brun indiquait, en passant, la même controverse, soulevée à propos de la maxime que l'on ne pouvait être héritier et douairier.

B. Recherchons actuellement la raison d'être de ces dispositions du droit coutumier, et nous les étudierons en même temps au point de vue rationnel.

Et d'abord nous avons vu que l'ancien droit coutumier avait

[1] *Traité des donations*, 1re partie, ch. III, sect. XV, n. 676 et suiv.

[2] Cette question analogue a été examinée précédemment.

[3] Bourjon adopte aussi la négative (*Droit commun de la France*, DES SUCCESSIONS, 4e partie, ch. VI, sect. II, n. 15); Merlin (vo HÉRITIER, sect. VI, § 10, art. 10, n. 4) cite également Renusson, Lemaître, Rousseau de Lacombe et Boullenois.

[4] *Traité des successions*, ch. IV, art. 3, § 2.

déjà proclamé, pour la ligne directe descendante, le principe que l'on ne pouvait faire *enfant de prédilection, enfant chéri,* etc.

L'égalité à maintenir dans toute la ligne directe descendante, telle était la cause de ce principe ; et notre vieux droit en tirait des conséquences bien plus radicales que le droit romain.

1° L'enfant donataire était assujetti au rapport. Sur ce point, la tradition romaine et la tradition coutumière se rencontraient.

2° L'enfant donataire ne pouvait être affranchi du rapport.

3° Il est probable qu'à cette époque l'enfant même renonçant devait rapporter le don qui lui avait été fait. Pothier [1] dit en effet avec raison : « Les coutumes d'égalité, qui ne permettent pas à l'un des héritiers présomptifs de conserver l'avantage qui lui est fait, même en renonçant à la succession du défunt qui le lui a fait, sont celles qui paraissent avoir le mieux conservé l'esprit de notre ancien droit sur ce point. »

4° Enfin, l'enfant ne pouvait être à la fois héritier et légataire.

Sur ces trois derniers points, le droit coutumier s'était écarté de la tradition romaine et avait donné une grande extension à la loi du rapport.

Pocquet de Livonière disait donc avec raison [2] : « Les rapports ont été inventés pour conserver à chacun des cohéritiers la part et portion que la loi lui défère, et *prévenir l'effet des prédilections.* »

Mais cette égalité absolue et radicale avait ses inconvénients. Basnage, qui écrivait sous l'empire de la coutume de Normandie, coutume d'égalité parfaite, disait (sur l'article 434) « que ces coutumes avaient fermé toutes les avenues aux gratifications des pères, » et il ajoutait : « Il semble rigoureux d'ôter absolument aux pères et mères la liberté de faire quelque discernement entre leurs enfants, en récompensant les services et le mérite des uns et punissant la débauche et la désobéissance des autres ; il eût été bien plus juste d'exciter dans les enfants le désir de plaire à leurs pères et mères, par l'assurance que leur complaisance et leurs soins ne seraient pas infructueux. »

Guy Coquille disait avec encore plus d'énergie [3] : « On dit que les coutumes qui défendent les avantages sont pour éviter les

[1] *Traité des successions*, ch. IV, art. 3, § 2.

[2] Liv. III, sect. II, art. 1.

[3] *Institution au droit français*, tit. DES DONATIONS.

mécontentements et les envies entre les enfants dont bien souvent adviennent les discordes; mais aussi c'est une grande servitude et misère aux pères et mères de n'avoir pas la liberté de leurs biens et n'avoir aucun moyen de récompenser les services et officiosités de leurs enfants, et tenir en subjection et crainte ceux qui ne leur sont pas obséquieux. Avoir la liberté de disposer de ses biens envers un étranger, et ne l'avoir pas envers ses enfants, qui doivent toute subjection et obéissance!

« Se reconnaître être sujet à l'endroit où l'on doit commander! et, tout bons et obéissants que soient les enfants, c'est grand ennui à un bon et honnête cœur de sentir sa servitude et privation de liberté. »

Ricard dit[1] : « Les lois saintes, aussi bien que la romaine, avaient laissé en la liberté du père d'avantager un de ses enfants au préjudice des autres, par une politique pleine de prudence qui va à maintenir l'autorité paternelle et à le laisser l'arbitre de la famille. » Puis il cite les paroles de Jacob à Joseph.

M. Demolombe[2] qualifie énergiquement ces maximes par trop égalitaires : « Egalité aveugle, dit-il, qui, au grand détriment de la discipline domestique et du bon ordre des familles et de l'Etat, désarmait la puissance paternelle de la faculté si précieuse de récompenser et de punir; qui ne lui permettait pas, non plus, de réparer les différences, si grandes parfois, qui existent entre les enfants, soit par des causes naturelles, telles que les aptitudes intellectuelles, la santé ou la constitution physique; soit par des causes accidentelles, telles que des revers immérités; et qui aboutissent elles-mêmes à la consécration impitoyable des inégalités les plus manifestes et les plus douloureuses! »

La critique ne manqua donc pas à ces dispositions coutumières.

Le droit coutumier plus moderne s'en ressentit. Quelques coutumes, fort rares du reste, coutumes dites *de préciput*, permirent aux pères et mères d'avantager l'un de leurs enfants. Mais la plupart, celles qui devinrent le droit commun, n'osèrent pas aller jusque-là; elles autorisèrent seulement l'enfant commun à

[1] *Traité des donations*, sect. XV, vol. 1, n. 642.

[2] *Des successions*, vol. 4, n. 162.

s'affranchir du rapport en renonçant à la succession [1], et voici ce que dit Pothier à ce sujet : « Nos coutumes, en permettant à l'héritier présomptif de conserver les avantages qui lui sont faits en renonçant à la succession, paraissent avoir abandonné en cela l'esprit de notre droit ancien, et en avoir seulement retenu la lettre par cette subtilité, que la loi défendant les avantages aux héritiers, celui qui renonçait à la succession, n'étant point héritier au moyen de sa renonciation, ne se trouvait plus compris dans la prohibition de la loi.

« Nous ne donnons pas pour cela la préférence aux coutumes d'égalité sur les nôtres ; si les nôtres se sont écartées de l'esprit de notre ancien droit, dont l'observance n'était plus nécessaire depuis que nos mœurs se sont adoucies, elles se sont rapprochées de la liberté du droit naturel, qui nous permet de disposer de nos biens à notre volonté et de témoigner une affection particulière à ceux de nos parents qui ont mieux mérité de nous ; nos coutumes, en se rapprochant en cela du droit naturel, n'ont pas néanmoins voulu, par respect pour les anciens usages, paraître abandonner l'ancien droit français ; c'est pourquoi elles ont conservé la lettre en défendant les avantages entre héritiers qui viendraient ensemble à la succession de celui qui les a faits. »

Pothier avait raison de dire que ces coutumes avaient conservé la *lettre*, car nous avons vu que les pères et mères pouvaient arriver à avantager l'un de leurs enfants plus que l'autre [2] ; et, d'un autre côté, il était peu conséquent de défendre au donateur de dispenser du rapport et de permettre au donataire de s'en affranchir en renonçant.

Quant à la ligne directe ascendante, elle était dispensée du rapport des dons entre vifs ; il en était de même en principe de la ligne collatérale, sauf quelques coutumes qui avaient étendu le rapport à la ligne collatérale, ne voulant pas que l'on avantageât l'un de ses héritiers plus que l'autre.

Restait une vieille maxime nationale, qui n'avait pas été empruntée à la législation romaine : « Nul ne peut être *aumônier* et *parsonnier*, » c'est-à-dire héritier et légataire.

Cette incompatibilité entre les qualités d'héritier et de léga-

[1] M. Coin-Delisle les a appelées *coutumes d'option*.
[2] Voir plus haut, p. 554.

taire dominait toutes les lignes, directe ou collatérale ; directe ascendante ou descendante.

Quelle en était l'origine ? Ici les auteurs ne sont plus d'accord.

Ferrière (sur l'article 300 de la coutume de Paris) rattache cette maxime à un principe de droit. Suivant lui, il y a confusion entre les qualités d'héritier et de légataire.

Raison mauvaise, car, comme le disait la loi romaine, *legari a semetipso non potest ; a coherede potest* [1].

Le Brun dit [2] : « On a jugé à propos de ne pas confondre les propres des deux lignes; on n'a pas voulu que l'un d'eux pût être héritier des propres de sa ligne et légataire de ceux de l'autre ligne. Que s'il eût pu être donataire entre vifs, et si le rapport ne lui était pas imposé à cet égard, parce que l'égalité n'est pas si essentielle entre des collatéraux, néanmoins, comme il est juste d'ailleurs d'affecter les propres à leur ligne, que c'est une loi importante dans nos coutumes, et *que de tels prélegs, qui se feraient bien plus communément que les donations entre vifs, ruineraient entièrement cette destination et cette affectation des propres à leur ligne :* au défaut des raisons et des motifs du rapport, l'on a eu recours à l'incompatibilité des qualités de légataire et d'héritier, et ne pouvant empêcher le concours des donations entre vifs, et de la qualité d'héritier dans une ligne où l'égalité n'est pas requise, et où par conséquent le rapport qui n'est établi que pour l'égalité n'avait pas lieu, l'on a empêché autant qu'il était possible que les propres ne changeassent de ligne en défendant les prélegs par cette loi subsidiaire que l'on a faite de l'incompatibilité des qualités de légataire et d'héritier. »

Mais le point de vue de Le Brun ne paraît pas exact, car dans le droit coutumier on trouve le système des réserves coutumières, qui avait pour but de maintenir les propres dans les familles [3].

C'est encore à Pothier qu'il faut revenir. Cet auteur dit (*loc. cit.*) : « Cette disposition a pour seul fondement l'inclination de notre droit français à conserver l'égalité entre les héritiers

[1] Voir aussi le passage de Pothier cité plus haut (*Traité des successions*, ch. IV, art. 3, § 2).

[2] *Traité des successions*, liv. III, ch. VII, n. 1.

[3] Voir M. Demolombe (vol. 4, *Des successions*, n. 158).

comme un moyen de conserver la paix et la concorde dans les familles, et d'en exclure les jalousies auxquelles donneraient lieu les avantages que l'on ferait à l'un des héritiers par-dessus les autres. Il était d'autant plus important de maintenir cette égalité à l'égard d'hommes guerriers et féroces, tels qu'étaient nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de jalousie et toujours prêts à en venir aux meurtres et aux mains pour le moindre sujet. »

Et il ajoute : « Les coutumes n'exigent pas néanmoins une égalité si parfaite entre les collatéraux qu'entre les enfants. » Il explique que les premiers ne sont pas astreints comme les seconds à rapporter les dons entre vifs, *se contentant qu'il y ait égalité entre eux dans les biens de la succession qu'ils ont à partager et ne faisant point d'attention à ceux qui, ayant été donnés entre vifs, ne font plus partie de cette succession.* »

En d'autres termes, le prélegs constituait une préférence plus blessante, plus évidente qu'une donation entre vifs qui constituait un fait accompli et pouvait être motivée sur la considération d'un établissement par mariage [1].

Bourjon [2] rattache aussi à l'égalité le principe de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire.

MM. Aubry et Rau [3] font découler le principe du système de la copropriété de la famille, ou *condominium* germain, en vertu duquel un associé ne pouvait s'enrichir aux dépens des autres.

Il n'est pas impossible, il est même croyable que dans le droit coutumier primitif la maxime : Nul ne peut être *aumosnier* et *parsonier*, était due à l'influence de la tradition germanique, aussi bien que les règles primitives sur les rapports des donations entre vifs ; mais on se relâcha pour ces dernières, au moins dans la plupart des coutumes, et on maintint avec plus d'énergie, dans un but d'égalité, l'incompatibilité entre la qualité d'héritier et celle de légataire.

Si tout à l'heure nous critiquions le droit commun des coutumes qui défendaient aux pères et mères d'avantager un de leurs enfants, à plus forte raison nous ne saurions approuver l'incompatibilité entre les qualités d'héritier et de légataire pro-

[1] Voir M. Demolombe (vol. 4, *Des successions*, n. 158).
[2] *Droit commun de la France*, ch. IV, sect. I, n. 2.
[3] T. V, p. 298 et 305.

clamée par la législation coutumière et s'appliquant tant à la ligne directe ascendante qu'à la ligne collatérale.

L'intérêt de la famille, intérêt très-respectable à nos yeux, du moins dans de certaines limites que nous expliquerons plus tard, ne pouvait être invoqué, puisqu'il était, avons-nous déjà dit, sauvegardé par les réserves coutumières; mais cette égalité absolue empêchait un propriétaire de disposer de ses meubles et acquêts et du cinquième de ses propres au profit d'un collatéral, qu'il avait bien le droit de préférer à tel autre avec lequel il n'avait jamais eu que des relations passagères. En outre, un collatéral pouvait être favorisé par l'opulence, ou bien se trouver dans une situation physique et intellectuelle meilleure que celui que le testateur désirait avantager.

Cela ne saurait donc être justifié. Dira-t-on que le propriétaire pouvait faire des donations entre vifs? Oui, mais ces donations tombaient sous l'application de la règle : *donner et retenir ne vaut*, et le donateur, atteint le premier d'une manière *actuelle* et *irrévocable*, n'était pas enclin à faire de pareilles libéralités.

Le droit coutumier, en définitive, dans la matière des successions, contenait tout à la fois des principes empruntés au privilége et à l'égalité la plus radicale.

Aussi Duparc-Poullain disait-il[1] : « L'esprit général de notre coutume (de Bretagne) sur le partage entre nobles est, comme dans le reste du royaume, de maintenir la splendeur des maisons, par les avantages qu'elle donne à l'aîné. Dans ce point de vue, les droits de l'aîné sont très-favorables. Mais cependant, *comme ils sont contraires au droit commun, qui établit l'égalité entre tous les héritiers*, l'esprit de la coutume et de la jurisprudence est de renfermer les prérogatives de l'aîné dans les bornes des dispositions qui lui sont favorables, et de favoriser les puînés autant que les termes et l'esprit de la coutume n'y sont pas contraires. »

Au numéro 256, sect. VIII, il ajoute : « Les successions roturières directes et collatérales se partagent également tant en meubles qu'en héritages. »

Nous terminons ici cette seconde partie de nos *Recherches historiques sur le rapport*, et dans la troisième, non moins inté-

[1] *Principes du droit français*, sect. VII, DES SUCCESSIONS NOBLES, vol. 1, n. 168.

ressante, nous assisterons à la destruction du droit écrit et du droit coutumier, pour arriver, en passant par la période révolutionnaire, à la législation uniforme du Code Napoléon, et nous pourrons, après cette étude rétrospective, nous rendre un compte exact des dispositions introduites par le législateur moderne.

Nous pouvons dire, avec un homme d'Etat éminent, ce qu'il dit à un point de vue plus général et plus élevé de l'histoire des temps passés : « C'est un désordre grave et un grand affaiblissement chez une nation que l'oubli et le dédain de son passé [1]. » Et de même que l'histoire de notre pays ne date pas seulement du premier empire ou même de 1789, mais se perd dans la nuit des temps; de même le jurisconsulte digne de ce beau nom ne s'arrête pas au texte du Code Napoléon, mais veut pénétrer plus avant et trouver la raison des choses dans les pensées transmises et dans les institutions léguées par les siècles, sauf à user du raisonnement pur pour critiquer ou approuver ces institutions.

G. DE CAQUERAY,
Professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

[1] M. Guizot (*Mémoires*, vol. 1, p. 336).

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE.

LETTRE ADRESSÉE A BERNARDIN DE SAINT-PIERRE EN 1790.

Il est assez ordinaire, quand on cherche une chose, d'en trouver une autre; il est bon de prendre ce qu'on trouve, faute de mieux. Faisant dernièrement une recherche dans un recueil où une pièce est aussi enfouie, aussi perdue qu'un document inédit au pouvoir d'un collectionneur anglais, dans *le Moniteur*, j'en revenais les mains vides, quand mes yeux tombèrent sur une lettre adressée à Bernardin de Saint-Pierre. Un avis, placé en tête, la déclarait curieuse; je trouvai l'avis véridique, la lettre intéressante au point de vue de l'histoire littéraire, surtout de l'histoire du droit en matière de contrefaçon. Elle est datée de 1790, de cette époque de transition entre le droit ancien des priviléges d'auteur et le droit nouveau de propriété littéraire qu'allait inaugurer la Révolution française.

Deux mots seulement sur les circonstances dans lesquelles on l'écrivit.

Saint-Pierre, dans la *Suite aux vœux d'un solitaire*, a raconté, comme on raconte quand on a souffert soi-même, toutes les difficultés qu'il rencontra pour faire imprimer ses *Études de la nature*. Il s'adressa en premier lieu à une veuve de libraire. «Elle me donna, dit-il, un état des frais de composition, de tirage, de papier, d'assemblage, de magasinage, de brochure, de remises pour sa vente et pour les libraires de province. J'en pris une note sous sa dictée, et, l'ayant examinée chez moi, je trouvai que je lui resterais encore redevable de quelque chose, en supposant que mon édition se vendît bien. » Il change alors d'idée, se décide à se faire imprimer à ses frais, et se rend chez un imprimeur célèbre. « Il me reçut d'abord fort révérencieusement, et me présenta un exemplaire de ses belles éditions, croyant que je venais pour en acheter; mais lorsque je lui eus fait part de mon projet et que je lui eus demandé le prix de son impression, il me dit qu'il n'employait son imprimerie que pour des ouvrages

dont le succès était décidé. » Enfin Saint-Pierre, après avoir longtemps erré d'imprimerie en imprimerie, traita avec Didot, « dans lequel, dit-il, je trouvai des facilités et une probité dont j'ai eu à me louer de toute manière. »

Nous n'avons rapporté ces détails que pour montrer comment les libraires accueillaient alors les auteurs à leur début; je me hâte d'ajouter que ceci se passait avant la Révolution française. Depuis... mais ce n'est pas notre affaire.

Saint-Pierre n'était pas à bout de peines. Il avait eu beaucoup de mal pour trouver un imprimeur, il en eut cent fois plus pour empêcher qu'on ne l'imprimât contre son gré. On le contrefaisait en dix endroits, et cette partie de l'histoire de Bernardin de Saint-Pierre n'est pas un des moins curieux chapitres de l'histoire de la contrefaçon. Très-soucieux de son droit d'auteur, d'autant plus soucieux qu'il avait payé l'imprimeur et vendait à son compte, il dénonça les contrefacteurs. L'inspecteur de la librairie de Lyon, loin de les saisir, se plaignit en leur nom de ce qu'on ne leur faisait pas des remises assez fortes. A Marseille, on saisit enfin une balle de contrefaçons ; le garde des sceaux ordonne « qu'elle sera confisquée... au profit de la librairie de Marseille, » c'est-à-dire des contrefacteurs mêmes. Bernardin de Saint-Pierre, furieux, eut l'idée d'intéresser à son affaire le corps des gens de lettres et de l'opposer à celui des libraires; « mais la vanité divise les premiers et l'intérêt réunit les derniers. » On continua de contrefaire les *Etudes de la nature*.

Voici le fait ; quel était alors le droit ?

En 1778, un arrêt du Conseil, interprétant l'article 5 du décret du 30 août 1777, avait décidé que « tout auteur qui aura obtenu en son nom le privilége de son ouvrage, non-seulement aura le droit de le vendre chez lui, mais pourra encore, autant de fois qu'il le voudra, faire imprimer pour son compte son ouvrage par tel imprimeur, ou le faire imprimer par le libraire qu'il aura choisi, sans que les traités ou conventions qu'il fera pour imprimer ou débiter une édition de son ouvrage puissent être réputés cession de privilége. »

Ainsi le droit de propriété littéraire était reconnu ; il était perpétuel, et le droit de faire imprimer un ouvrage, cédé à un libraire, ne limitait plus cette propriété à la vie de l'auteur, comme l'avait décidé l'arrêt de 1777. Bernardin de Saint-Pierre était

donc parfaitement dans son droit ; mais le droit était lettre morte et sans application.

La Révolution arrive. La loi du 4 août 1789, abolissant le système féodal, abolit les priviléges. On aime à croire ce qu'on désire. Les contrefacteurs entendirent qu'il s'agissait des priviléges d'auteur et de libraire, odieux abus de la féodalité. Ils répandirent cette idée et contrefirent plus hardiment, comme honnêtes gens qui rentrent dans la plénitude de leurs droits.

Bernardin de Saint-Pierre était fort ennemi des priviléges ; il n'entendit pas toutefois ce mot comme les imprimeurs de nuit. Il avait déjà publié deux éditions ; mais, pour un exemplaire qu'il écoulait, les contrefacteurs en vendaient dix. Enfin, en 1790, imprimant une troisième édition des *Etudes*, la voyant encore contrefaite, il se plaignit à la police. La police répondit à sa plainte par une lettre qu'on trouva si bien rédigée, d'un tour si heureux, si sentimental, si sensible, qu'on voulut la donner au public comme échantillon du nouveau style de la police. Voici comment elle fut insérée au *Moniteur* du 9 janvier 1790.

VARIÉTÉS.

Nous intéresserons sans doute nos lecteurs en rapportant la lettre suivante ; elle prouve le respect que l'autorité a pour le génie, et la différence du style de l'administration actuelle à l'ancien langage des bureaux.

Lettre du département de la police à M. de Saint-Pierre, auteur des ÉTUDES DE LA NATURE.

« Monsieur, une contrefaçon est un honneur ; elle est la preuve et la punition des grands succès. L'intérêt et l'envie se sont toujours ligués contre la gloire. Mais vos mœurs douces, vos talents sublimes, vos vertus simples, votre mépris pour la fortune, tout en vous ne devait-il pas imposer du respect à ces *corsaires* qui profanent le génie ? Ils vous volent, monsieur ? invoquez la loi ; elle se réveillera pour vous. Avez-vous deux témoins qui déposent qu'un libraire vend d'autres *Etudes de la nature* que celles de M. Didot ? Faites assigner le complice des presses étrangères, et le Châtelet vous vengera d'un attentat contre les propriétés et

contre les lettres. La nouvelle administration n'attend que des temps plus heureux pour assurer aux écrivains, par des *ordonnances* irrésistibles, le fruit de leurs veilles; c'est la dette du monde entier.

« Vos plaintes, monsieur, ne nous étonnent point : elles étaient communes, même lorsque la police avait ses cent yeux; elles ne nous en affligent pas moins, et vous pouvez être sûr que nous prêterons à la justice toutes les forces de l'autorité. En remplissant nos devoirs, il nous sera doux d'obéir à des sentiments de vénération et de reconnaissance que tous les hommes doivent à celui qui, seul, les console de Rousseau. »

Si l'on était sûr que cette lettre a été écrite sérieusement, on la prendrait pour une réponse ironique, et je ne sais trop comment Bernardin de Saint-Pierre accueillit cette consolation : qu'une contrefaçon est la punition d'un grand succès; qu'il avait des vertus simples et du mépris pour la fortune. Bernardin fit sans doute meilleur accueil aux consolations judiciaires qu'on lui offrait. Trouva-t-il ses deux témoins et fit-il assigner le corsaire au Châtelet? Nous ne le savons, nous ne le croyons pas; nous sommes sûr en tous cas que le moyen ne fut pas efficace, car, lorsqu'en 1792 Bernardin publia la quatrième édition de ses *Etudes*, pour déjouer ces contrefacteurs insaisissables, infatigables, il fit fabriquer, tout exprès, le papier sur lequel on imprima le titre et où son nom paraissait en lettres transparentes. Le moyen réussit; on ne contrefit plus les *Etudes*; ajoutons que leur succès était épuisé et qu'il y avait désormais plus d'avantage à contrefaire *Paul et Virginie*.

JULES LAIR,
Avocat à la Cour impériale.

BIBLIOGRAPHIE.

Récits de l'histoire romaine au cinquième siècle ; derniers temps de l'empire d'Occident, par M. Amédée Thierry, membre de l'Institut. 1 volume in-8°.

C'est une bonne fortune, devenue un peu rare de nos jours, que l'apparition d'un livre qui, avec tous les charmes extérieurs du récit et du style, ramène la pensée sur une des époques les plus décisives de l'histoire, et laisse apparaître les problèmes les plus sérieux de la vie des peuples, des destinées de l'humanité et des vicissitudes de la civilisation. Tels sont cependant, dans leur ensemble, les mérites multiples du nouvel ouvrage de M. Amédée Thierry, intitulé : *Récits de l'histoire romaine au cinquième siècle ; derniers temps de l'empire d'Occident.*

L'histoire elle-même a ses préjugés, et il appartient aux maîtres de la science de les combattre et de les détruire. M. Amédée Thierry, dans une préface remarquable, s'élève contre la sévérité des jugements portés sur cette période de l'histoire romaine, désignée sous le nom de Bas-Empire ; cette opinion du public et des écrivains, M. Amédée Thierry la combat comme injuste ; et sans vouloir établir entre le Bas-Empire et le haut un parallèle à la façon des rhéteurs, il ne trouve pas le Bas-Empire si misérable, si dénué d'hommes dont on pourrait être fier à toutes les époques et dans toutes les sociétés. Le Bas-Empire a su, l'esprit militaire s'étant éteint chez les Romains, façonner les barbares à la défense de la civilisation en péril ; par lui, le christianisme s'est répandu comme loi religieuse de Rome sur les nations civilisées. Peut-être même cette action du Bas-Empire, pour propager le christianisme, n'est-elle pas étrangère à la sévérité des historiens et des philosophes. On peut du moins le craindre en se reportant aux appréciations passionnées que s'est permise la philosophie du dix-huitième siècle, en s'occupant des empereurs chrétiens. Ces jugements passionnés, que M. Amédée Thierry a rencontrés dans son entreprise, il a su en triompher avec la haute impartialité qui le distingue. Une autre difficulté se dres-

sait devant lui, à savoir l'absence d'unité, suite inévitable de la séparation qui s'était accomplie à partir de Constantin, et qui donnait au monde deux métropoles, siéges de deux sénats et de deux centres d'action politique ; l'un à Rome comme autrefois, l'autre à Constantinople. Aussi arrive-t-il, suivant l'heureuse expression de M. Amédée Thierry, que l'histoire se morcelle alors comme le sol romain.

Le cadre choisi par M. Amédée Thierry est facilement saisi. La mort de l'empereur Anthémius lui sert de point de départ ; et la conquête de l'Italie par Théodoric, de terme et de conclusion. C'est un espace de vingt-six années, de 467 à 493. Au milieu des événements, du jeu des personnages et des épisodes qui remplissent ce quart de siècle, un fait domine l'action et lui imprime, au milieu de beaucoup d'épisodes distincts, un caractère d'unité incontestable. C'est la substitution des patrices barbares aux empereurs, substitution préparée par la dissolution de la classe moyenne, épuisée sous les rapines du fisc et le despotisme impérial. Cette révolution, si mémorable et si féconde, est due à trois hommes de race germanique : le Suève Ricimer, le Ruge Odoacre et l'Ostrogoth Théodoric. « Le premier la prépare, dit M. Amédée Thierry, le second l'exécute, le troisième la rend définitive. » Et cela est vrai, car si la déchéance du dernier des empereurs date de 476, on peut n'y voir qu'un accident du drame qui se poursuit. Le drame ne se termine que par l'établissement de la royauté héréditaire d'Italie dans la famille des Amales, sur la tête de leur chef Théodoric.

Quels ont été la marche et les incidents de ce drame? Sous quelle loi morale et sociale s'est-il accompli? Sans doute M. Amédée Thierry n'est pas le premier à nous faire connaître ce grand travail de transformation de la société romaine, bouleversée, puis rénovée par l'élément germanique. Avant lui, MM. Villemain, Guizot, Mignet ont écrit sur cette époque des pages, qui attestent en eux la profondeur d'intuition et le génie du véritable historien; mais peut-être aucun d'eux n'a-t-il pénétré aussi résolûment que M. Amédée Thierry dans les éléments de résistance et de vitalité que la société romaine, tout épuisée que nous la voyons, présente encore à l'impétuosité d'attaque et de destruction qui caractérise l'invasion barbare. Sans doute, dans cette défense énergique d'une

société profondément minée par de nombreux vices destructeurs, mais néanmoins seule dépositaire encore de la tradition des lettres, des arts et des sciences, en un mot, de tout ce qui constitue la civilisation, on nous a montré au premier rang les apôtres de la religion chrétienne, évêques et martyrs. Mais la gloire de l'élément laïque, allié dans cette résistance à l'élément religieux, a-t-il été suffisamment mis en lumière? L'histoire s'est-elle montrée suffisamment juste pour les intrépides défenseurs d'une impuissante résistance du vieux patriotisme romain. Saint Séverin, représentant l'Eglise nouvelle, s'efforce de pénétrer Odoacre de ses inspirations pour sauver les restes d'une civilisation qui s'éteint. Des écrivains du plus grand mérite, M. Saint-Marc Girardin, plus récemment M. de Montalembert, et tout récemment M. César Cantu, ont donné à saint Séverin une large place dans l'histoire générale du cinquième siècle. Mais, comme le remarquait il y a quelques jours à peine un éminent critique dans la *Revue des Deux-Mondes*, il ne suffisait pas de peindre à grands traits la charité, le courage, les ressources multiples de saint Séverin pour faire connaître sa grandeur originale; il était encore nécessaire de retrouver la place qu'il occupe dans l'histoire du cinquième siècle, de montrer que son rôle était lié aux plus grands événements, aux catastrophes les plus tragiques, et de donner à sa vie et à sa mort la plus large place. Cette justice, incomplète jusqu'à ce jour, M. Amédée Thierry s'efforce de la rendre aux héros ignorés ou méconnus de la lutte, en leur restituant le caractère de grandeur qui les distingue, et en marquant avec une exactitude merveilleuse la part d'action de chacun d'eux. C'est ainsi, notamment, qu'en face du patrice Ricimer, M. Amédée Thierry place après Majorien l'empereur Anthémius; en face d'Odoacre, le chef mystérieux d'une communauté de religieux, l'anachorète saint Séverin, en même temps voué aux travaux de l'apostolat, aux pratiques de la médecine, aux luttes de la guerre, passant du recueillement de la contemplation à la vie ardente et pratique. Après qu'Anthémius a marqué le dernier combat, les lois mystérieuses de la Providence s'accomplissaient; la piété héroïque de saint Séverin ne devait pas arrêter l'irréparable décadence et la chute de Rome. Bientôt on voit tour à tour monter au trône et en descendre Glycérius et Julius Népos, et le patrice

Oreste, et le petit Augustule, jusqu'au moment où Odoacre, dédaignant la pourpre des Césars, se fait appeler roi des nations et bientôt après roi d'Italie. L'empire romain n'était plus. Jusqu'à ce moment, on était bien souvent tenté de douter de son existence. Le doute n'était plus possible; l'ombre même avait disparu.

Comment suivre par l'analyse M. Amédée Thierry dans le récit si curieux du rôle que remplit Théodoric, venant après Odoacre implanter une nation étrangère en Italie, et y fonder la monarchie ostrogothique depuis les Alpes jusqu'au détroit? Avec quelle science merveilleuse il interroge les chroniqueurs, avec quel art il nous fait connaître, pour ainsi dire jour par jour, fait par fait, les premières années du prince ostrogoth, son séjour à Constantinople, son retour auprès des siens, le mélange singulier de barbarie et de propension à la civilisation qui le distingue excellemment! C'est en lisant M. Amédée Thierry qu'on peut deviner et comprendre le rôle que Théodoric va jouer en Occident, pour y substituer à la décrépitude romaine la vitalité de la civilisation barbare, de laquelle le monde moderne tirera son principe.

Les faits, les peintures de caractères et les appréciations intelligentes et rapides des événements se succèdent tellement dans l'ouvrage de M. Amédée Thierry, que sa lecture a l'entraînement du roman et du drame ; on peut dire, en toute vérité, qu'il révèle une page ignorée ou méconnue des annales de l'humanité, qu'il rétablit le fil des traditions, et que, grâce à lui, la science moderne peut remonter en arrière le cours de ses études et de ses recherches, comme sur une de ces voies anciennes recouvertes par la poussière des siècles, et déblayées par des mains courageuses et habiles.

CH. VERGÉ,
Avocat, docteur en droit.

Dictionnaire de la législation algérienne. Code annoté et Manuel raisonné des lois, ordonnances, décrets, decisions et arrêtés publiés au Bulletin officiel des actes du gouvernement, suivi d'une table alphabétique des matières et d'une table chronologique des lois, décrets, etc., par M. P. DE MÉNESVILLE, conseiller à la Cour impériale d'Alger, chevalier de la Légion d'honneur. Deuxième édition, 1 volume grand in-8°. — Paris, Durand, 1860.

Rien n'est plus intéressant que d'étudier la législation d'une grande colonie dans son développement progressif. C'est à ce

point de vue surtout que nous voulons parler du *Dictionnaire de la législation algérienne*. Nous n'avons pas besoin d'en montrer l'utilité pratique. Il suffit de rappeler que les vingt volumes du Bulletin officiel des actes du gouvernement en Algérie contiennent plus de quatre mille actes législatifs. M. de Ménesville a débrouillé ce chaos, élagué ce qui n'a pas d'intérêt général, ou ce qui n'en a plus aujourd'hui, et classé le tout sous quelques rubriques commodes. Il a ajouté en note des extraits des rapports, des notices d'arrêts rendus soit par la Cour de cassation, soit par le Conseil d'Etat, soit par la Cour d'Alger; enfin, une notice spéciale placée en tête de chaque article principal résume l'historique, souvent difficile à bien saisir, de la législation sur la matière.

Nous croyons cependant que l'utilité de ce livre n'est pas seulement pratique et qu'il devrait être étudié par tous les jurisconsultes qui s'occupent de l'histoire comparée des institutions.

En effet, l'Algérie a cela de particulier, qu'elle reproduit actuellement, et qu'elle met en quelque sorte sous nos yeux une foule de faits qui se sont passés en Europe il y a plusieurs siècles. Veut-on se faire une idée exacte de ce qu'était au moyen âge le système des lois personnelles, il suffit d'aller à Alger, et de voir l'Européen régi par la loi française, l'Arabe par le Koran ou par la jurisprudence musulmane, dont l'ouvrage de l'iman égyptien Khalil a résumé les principales dispositions; enfin le Juif par la loi de Moïse. Eprouve-t-on des doutes sur le partage annuel des terres tel qu'il était pratiqué chez les Germains d'après César et Tacite, on peut voir la même institution fonctionner chez les tribus arabes de la même manière et par la même raison, ainsi que le droit de vengeance privée et le prix du sang. Il n'est pas jusqu'aux règlements des concessions qui ne nous apprennent ce qu'a dû être en France la création des villages ruraux.

Dans les règlements sur la propriété, et notamment sur la grande opération de vérification des titres de propriété rurale, on voit ce qui se passe quand deux sociétés inégalement civilisées sont en présence, quels malentendus, quelles inextricables difficultés viennent embarrasser toutes les transactions.

Nous ne parlons pas ici de l'organisation politique et admi-

nistrative, ni de toutes les questions qui s'y rattachent, prépondérance du pouvoir civil ou du pouvoir militaire, ministère spécial, gouvernement général à Alger, ou assimilation à la métropole. Toutes ces questions sont loin d'être résolues. On trouvera dans le *Dictionnaire* de M. de Ménesville l'exposé exact de ce qui s'est fait et les éléments de la solution. R. D.

Principes d'administration communale, ou Recueil par ordre alphabétique de solutions tirées des arrêts de la Cour de cassation, des décisions du Conseil d'Etat et de la jurisprudence ministérielle en ce qui concerne l'administration des communes, mis en harmonie avec la nouvelle instruction générale du ministère des finances en date du 20 juin 1859, par M. P. BRAFF, ancien conseiller de préfecture, sous-chef du bureau de l'administration des communes au ministère de l'intérieur. 2 volumes in-12. — Paris, Durand, 1860.

Nous avons déjà rendu compte, dans cette Revue, du *Traité de l'administration financière des communes*, publié en 1857 par M. Braff. Aujourd'hui l'auteur complète son œuvre en donnant un véritable répertoire de l'administration communale. On ne saurait trop encourager les travaux de ce genre qui, sous une forme modeste, réunissent et mettent à la disposition du public la substance d'une masse énorme de documents perdus dans des recueils inabordables, ou même ensevelis dans les cartons des bureaux. En effet, les hommes du métier peuvent encore se procurer sur une question donnée des lois ou ordonnances qui régissent la matière, les arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat qui s'y rapportent de près ou de loin; mais où prendre la jurisprudence ministérielle, qui applique tous les jours la loi dans ses détails, et qui seule peut faire connaître la véritable portée des mesures législatives? Tous ces utiles matériaux ont besoin d'être connus, soit pour régulariser la pratique administrative, soit pour éclairer la discussion des questions contentieuses. A ce double point de vue, nous ne doutons pas que l'excellent travail de M. Braff ne soit apprécié comme il mérite de l'être. R. D.

FIN DU TOME SIXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

issertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD, professeur de droit romain à la Faculté de Paris. 5

Des précaires ecclésiastiques dans leur rapport avec les sources du droit romain, par M. G. DEMANTE, professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse. 45

Coutumes de Gourdon, par M. Aug. KROEBER, archiviste du département de Tarn-et-Garonne. 55

BIBLIOGRAPHIE.—DE BASTARD-D'ESTANG. Les Parlements de France, essai historique sur leurs usages, leur organisation et leur autorité, par M. J. SIMONNET, substitut du procureur impérial à Dijon, docteur en droit. 65

FLEGLER (A.). Des postes chez les Romains; Histoire des postes, par M. Fréd. DEBAINS. 77

DE PEYRONNEY et DELAMARRE. Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique, par M. R. D. 84

DEMANGEAT (Ch.). Des obligations solidaires en droit romain; commentaire du titre *De duobus reis* au Digeste, par M. DE CAQUERAY, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes. . . 86

PERIN (J.-H.). Le doctorat à la Faculté de droit de Caen, par M. J. LAIR, avocat à la Cour impériale de Paris. 93

Principes de l'expropriation pour cause d'utilité publique à Rome et à Constantinople jusqu'à l'époque de Justinien. — Des limitations

Pages.

apportées par les lois au droit de propriété tant dans l'intérêt général que dans l'intérêt privé, par M. R. DE FRESQUET, professeur de droit romain à la Faculté d'Aix. 97

Coutumes de Prayssas, par M. A. MOULLIÉ, procureur impérial à Agen. 133

Des présomptions d'intention dans l'interprétation des lois, par M. A. WILLEM, docteur en droit. 159

De la hiérarchie du ministère public, par M. G. BRUNEAU, docteur en droit. 171

Notice sur un manuscrit des Institutes retrouvé à Middlebourg, par M. J. DE WAL, professeur ordinaire à la Faculté de droit de Leyde. 186

BIBLIOGRAPHIE. — LUIGI CHIESI DI REGGIO. *Il sistema ipotecario illustrato* (Le système hypothécaire éclairci), par M. FÉRAUD-GIRAUD, conseiller à la Cour impériale d'Aix. 191

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite et fin), par M. E. MACHELARD, professeur de droit romain à la Faculté de Paris. 193

Code réglementaire du crédit foncier en Portugal, par M. DA SILVA FERRAO. Examen de cette publication au point de vue doctrinal et historique, par M. A. SAGOT-LESAGE, docteur en droit. 219

De l'aliénation et de la prescription des biens de l'Église dans le droit du Bas-Empire et dans le droit des Capitulaires, par M. Arthur DESJARDINS, docteur en droit et ès lettres, substitut du procureur impérial à Toulon. 254

BIBLIOGRAPHIE. — MONNIER (Francis). Le chancelier d'Aguesseau, sa conduite, ses idées politiques et son influence sur le mouvement des esprits pendant la première moitié du dix-huitième siècle, par M. E. BONNIER, professeur à la Faculté de droit de Paris. 266

BÉCHARD (F.). Droit municipal dans l'antiquité, par M. B. 276

VALETTE (A.). Exposition sommaire du premier livre du Code Napoléon, par M. Gustave HUMBERT, agrégé à la Faculté de droit de Toulouse. 279

DUFOUR (Émile). Étude sur les finances de la commune de Cahors aux seizième et dix-septième siècles, par M. J. P. 281

FLAMMER et FICK. Lois civiles et commerciales du canton de Genève, par M. R. D. 282

NORWOOD (J.-D.) *The common Law of Kent; or the Customs of Ga-*

Pages.

velkind, with the Decisions concerning Borough-English, par M. Albert DESJARDINS, avocat à la Cour impériale de Paris. . . . 283

HILLEBRAND (J.). *Deutsche Rechtssprichworter*. Proverbes du droit allemand, par M. DARESTE. 287

De l'institution contractuelle dans l'ancien droit français et d'après le Code Napoléon, par M. ANOUILH. 289

Statuts sur la réformation du comté de Toulouse en 1270 (l'année qui a précédé la réunion de ce comté à la couronne). 339

De l'état de la criminalité et de la répression en France, par M. C. HOUYVET. 352

BIBLIOGRAPHIE. — DEMOLOMBE. Traité des successions, par M. Gustave HUMBERT, agrégé à la Faculté de droit de Toulouse. 372

CHARLES DREYSS. Mémoires de Louis XIV pour l'instruction du Dauphin, par M. Francis MONNIER. 375

CAFFIN. Des droits de propriété des communes et des sections de communes sur les biens communaux, de la mise en valeur de ces biens, et de l'emploi de leurs prix de location et de vente, par M. R. D.. 380

YANOSKI (J.). De l'abolition de l'esclavage ancien au moyen âge et de sa transformation en servitude de la glèbe, par M. R. D. . . 382

MAYNZ (Charles). Eléments de droit romain, par M. R. D. . . . 383

De l'institution contractuelle dans l'ancien droit français et d'après le Code Napoléon (suite et fin), par M. ANOUILH. 385

Anciennes coutumes de La Montjoye, par M. Crozet, archiviste du département de Lot-et-Garonne. 434

Lettres rogatoires en France et dans les Etats sardes, par M. L.-A. EYSSAUTIER, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Grenoble. 444

Projet de Code de commerce allemand, par M. RAUTER, docteur en droit. 467

Privileges des étudiants de Paris au quatorzième siècle, par M. E. L. 472

BIBLIOGRAPHIE. — BONNET (Armand). Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, envisagées au point de vue du droit romain, etc. 474

GENTY. Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation. 474

VITO D'ONDES REGGIO. *Introduzione ai principi delle umane società*, par M. Henri CAZALIS. 475

Pages.

LEFÈVRE-PONTALIS (Amédée). De la liberté et de l'histoire, par M. P. L.. 477

BERTHAULD. Introduction à l'histoire des sources du droit français, par M. R. D.. 479

De l'impôt foncier dans le royaume de Grèce, par M. COUMOUNDOUROS, ministre des finances.. 481

Recherches historiques sur la théorie du rapport (suite), par M. G. DE CAQUERAY, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes. . . 528

Propriété littéraire. — Lettre adressée à Bernardin de Saint-Pierre en 1790, par M. Jules LAIR, avocat à la Cour impériale. 595

BIBLIOGRAPHIE. — AMÉDÉE THIERRY. Récits de l'histoire romaine au cinquième siècle; derniers temps de l'empire d'Occident, par M. Ch. VERGÉ, avocat, docteur en droit. 599

MENESVILLE. Dictionnaire de la législation algérienne, par M. R. D. 602

BRAFF. Principes d'administration communale, par M. R. D. . . . 604

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

pound by
ALKER &
96, STRAND,
ONDON.